Die Sicherungsübereignung von Warenlagern

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Georg-Augusts-Universität in Göttingen

vorgelegt von

Bruno Schoenfeld,

Referendar am Königlichen Amtsgericht zu Melle.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Gedruckt in der Buch- und Kunstdruckerei von F. E. Haag, Melle i. Hann.

Referent: Prof. Dr. Karl Lehmann.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Die Sicherungsübereignung im allgemeinen und die wirtschaftliche Bedeutung der Sicherungsübereignung von Warenlagern 9

§ 2. Die Möglichkeit einer juristischen Konstruktion der Sicherungsübereignung von Warenlagern 15

§ 3. Die Rechte und Pflichten des Schuldners aus dem Besitzmittlungsverhältnisse 30

I. Das Recht, den Erlös der Waren zu behalten, und die Pflicht, das Warenlager stets auf derselben Höhe zu halten 30

II. Das Recht, die Waren zu veräußern, und die Schranken dieses Rechtes 35

III. Die tatsächliche Verfügungsbefugnis über die Waren und die Verwahrungs- und Versicherungspflicht 38

IV. Das Recht zum Besitze der Waren und das Kontrollrecht des Gläubigers 42

§ 4. Die Ersatzstücke 45

§ 5. Die Pflichten des Gläubigers aus der Sicherungsabrede. Die Pflicht, die Sache zurückzuübereignen. Die Pflicht, die Sache zu verwerten 54

§ 6. Die Eigentümerstellung des Gläubigers. Konkurs. Zwangsvollstreckung. Kostentragung im Interventionsprozesse 58

§ 7. Nichtige Sicherungsübereignungen von Warenlagern. § 310, § 138, § 117, § 826 BGB 67

§ 8. Die Schutzmittel der Gläubiger des Schuldners bei gültigen Sicherungsübereignungen von Warenlagern 76

I. Der Eigentumsvorbehalt 77

II. Die Gläubigeranfechtung 77

III. § 419 BGB 77

IV. §§ 321, 610 und 119 Absatz 2 78

V. Begründung der Reformvorschläge 79

§ 9. Die Reformvorschläge 84

I. Das Registerpfandrecht 84

II. Die Vorschläge des 31. Deutschen Juristentages 89

III. Zulänglichkeit des jetzigen Rechtszustandes 92

§ 10. Resultat 94

Literaturverzeichnis.

Asch, „Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Rechtsprechung und Gesetzgebung" in JW. 1911. S. 303.

—, „Rechtsbehelfe des Gläubigers bei Rechtsgeschäften des Schuldners zum Nachteil der Gläubiger". S. 65 in JW. 1912.

Bähr, „Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen". 1883.

Bonnet, „Die Sicherungsübereignung, insbesondere von Warenlagern". 1912.

Boschan, „Sicherungsübereignung und Gläubigernot" in JW. 1912. S. 8.

—, „Sicherungsübereignung und § 419". In Recht 1912. S. 425.

Brasch, „Zur Anfechtbarkeit der Vermögensübertragung" in JW. 1912. S. 509.

Bollenbeck, „Sicherungsübereignung" in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. 1910. S. 169.

Dobriner, „Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers". Heidelberger Dissert. 1910.

Düringer, „Zur Lehre vom Sicherungskauf" in LZ. 1908. S. 97.

—, „Warenlager als Gegenstand der Sicherungsübereignung" in LZ. 1911. S. 417.

Düringer-Hachenburg, „Das Handelsgesetzbuch". Zweite Auflage.

Duvergier-Lange, Loi, du 17. 3. 1909, „relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce".

Fischer, „Die Anwendbarkeit des § 826 BGB auf die Sicherungsübereignung von Warenlagern" in Bankarchiv. 1912. S. 103.

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB.

Goltz, „Das fiduziarische Rechtsgeschäft". 1901.

Genève, „Sicherungsübereignung" in Ann. des Deutschen Reiches. 1912. S. 389.

Hallbauer, „Sicherungsübereignung" in Recht. 1905. S. 632.

—, „Aphorismen zur Sicherungsübereignung" im Sächsischen Archiv. 1907. S. 73.

—. Sicherungsübereignung und Feuerversicherung" in Recht. 1909. S. 688.

—, „Sicherungsübereignung von Warenlagern" in Bankarchiv. 1910. S. 307.

Hellwig, „Gläubigernot" in Recht und Wirtschaft. 1911. Heft 1.

—, „Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung" in Archiv für zivilistische Praxis. B. 64, S. 369.

Hoeniger, „Die Sicherungsübereignung von Warenlagern". 1912. J. Bensheimer. Zweite Auflage.

Horster, „Die Sicherungsübereignung von Warenlagern" im Tag vom 15. und 19. August 1911.

Hirsch, „Die Ersatzstücke bei Sicherungsübereignung von Inventar und Warenlager" in der DJZ. 1911. S. 1383.

Klang, „Über Sicherungsübereignungen" in Recht und Wirtschaft. 1912. S. 352.

Kleinrath, „Die Sicherungsübereignung von Warenlagern" in LZ. 1912. Heft 2.

Kohler, „Der Dispositionsnießbrauch" in Iherings Jahrbüchern. Bd. 24.
Leist, „Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien". Jena 1889.
Lehmann, „Handelsrecht". Leipzig 1912. Zweite Auflage.
Linkelmann, „Die Sicherungsübereignung" im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 7. S. 209.
Leonhard, „Vertretung beim Fahrniserwerb". 1899.
Luetgebrune, „Die Ersatzstücke bei der Sicherungsübereigung von Warenlagern" in JW. 1910. S. 140.
Metzges, „Die Klageveranlassung des § 93 ZPO bei Interventionsprozessen" in JW. 1912. S. 9.
Meyer, Herbert, „Die neuere Satzung an Fahrnis und Schiffen." 1903.
Möller, „Sicherungsübereignung" in JW. 1912. S. 720.
Nathan, „Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittelst constitutum possessorium zum Zweck der Sicherungen von Forderungen". Stuttgart, 1909.
Oertmann, „Sicherungsübsreignung" in DJZ. 1911. S. 1178.
Peiser, „Mobiliarhypothek" in Recht und Wirtschaft. 1912. S. 357.
—, „Unser Kreditrecht und seine Reformbedürftigkeit". Berlin-Halensee. 1910.
Przibilla, „Sicherungsverträge" in JW. 1911. S. 300.
Rehbein, „Sicherungsverträge" in JW. 1910. Nr. 12.
Salinger, „Gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung". Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages. Bd. 1.
Schauer, „Sicherungsübereignung" in DJZ. 1907. S. 589.
Schäfer, „Rechtsprechung über die Sicherungsübereignung" in Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 38, Heft 1.
Schmitt, „Sicherungübereignung" in DJZ. 1912. S. 1041.
Schöndorf, „Zur Frage der Mobiliarhypothek" in der Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 68. S. 483.
Schultzenstein, in der Deutschen Wirtschaftszeitung. 1911. S. 527.
Staudinger, „Kommentar zum HGB".
Staub, „Kommentar zum BGB".
Weißler, „Zur Frage der Sicherungsübereignung" in D. Not.-V. 1911. Heft 7.
Wendt, „Der mittelbare Besitz" im A. f. zivil. Praxis. Bd. 87.
Wolff, „Sachenrecht". 1909.
—, „Recht zum Besitz". 1902.
Zeiler, „Die Sicherungsübereignung von Warenlagern" in D. Not.-V. 1912. S. 65.
Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über die Sicherheitsübereignung von Warenlagern, veröffentlicht in LZ. 1912. Heft 2.
Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages.
Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages. Gutachten.

Abkürzungen.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
JW. = Juristische Wochenschrift.
LZ. = Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R. u. W. = Recht und Wirtschaft.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548107_0141

§ 1. Die Sicherungsübereignung im allgemeinen und die wirtschaftliche Bedeutung der Sicherungsübereignung von Warenlagern.

Die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen verdankt ihr Dasein als selbständiges Rechtsinstitut nicht dem Gesetz, sondern dem Verkehr. Das Gesetz hat die Eigentumsübertragung nur für den Umsatz geschaffen und kennt als Sicherungsform bei beweglichen Sachen allein das Pfandrecht[1]).

Dieses Pfandrecht aber setzt den Besitz der Pfandsache durch den Gläubiger voraus und genügte deshalb dem Verkehr nicht. Der Verkehr hatte eine Sicherungsform bei beweglichen Sachen nötig, die den Gläubiger sichert, ohne dem Schuldner den Besitz und die Nutzung der Sache zu entziehen. Er bildete sich eine solche Sicherungsform in der Sicherungsübereignung.

Da die Eigentumsübertragung vom Gesetz für den Umsatz geschaffen ist und ihr Wesen diesem Zwecke entspricht, so ist sie zugleich für den Sicherungszweck in zweifacher Hinsicht ungeeignet:

1. Der Sicherungszweck verlangt nur, daß die Sache des A. in einer einzigen Richtung, in der Richtung der Sicherung, dem Gläubiger B. dient. Die Übereignung gibt dem Gläubiger und Erwerber die Sache in jeder Beziehung und schließt den A. vollständig aus;
2. der Sicherungszweck besteht nur für bestimmte Zeit, solange das zu Sichernde, die Forderung, besteht. Die Übereignung schafft einen dauernden Zustand.

Diesen Unstimmigkeiten zwischen Übereignungsvertrag und Sicherungszweck wird dadurch abgeholfen, daß

[1]) Und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, das in der praktischen Wirkung einem Pfandrecht gleichsteht.

1. entweder die Übereignung unter der auflösenden Bedingung der Tilgung der Forderung erfolgt
2. oder zugleich mit der Übereignung ein obligatorischer Nebenvertrag, die Sicherungsabrede, zwischen den Parteien geschlossen wird. In dieser Sicherungsabrede verpflichtet sich der Gläubiger, bei rechtzeitiger Tilgung der Forderung das Eigentum an den Schuldner zurückzuübertragen bei nicht rechtzeitiger Tilgung und Verwertung wenigstens den Übererlös herauszugeben.

Auflösende Bedingung oder obligatorischer Nebenvertrag sind also die beiden Mittel, die die Übereignung dem Sicherungszwecke dienstbar machen. Von diesen beiden ist die Veräußerung mit obligatorischer Nebenverpflichtung des Gläubigers ein künstlicheres Gebilde als die bedingte Veräußerung. Sie stellt auch den Schuldner beim Konkurse des Gläubigers, bei Zwangsvollstreckung in dessen Vermögen und bei ungetreuer Weiterveräußerung der übereigneten Sache an einen Dritten viel schlechter als die letztere, weil zwischen den Parteien nur ein obligatorisches Band hinsichtlich der übereigneten Sache besteht. Nichtsdestoweniger kommt grade diese Form der Übereignung zur Sicherung in der Praxis ausschließlich vor, so daß nur von ihr fernerhin die Rede sein soll. Der Grund für diese Erscheinung ist aber nicht nur in dem Umstande zu suchen, daß der Kreditgeber als der wirtschaftlich Mächtigere seinen Willen auf möglichst gute Sicherung immer durchsetzt, sondern besonders darin, daß die oben genannten Übelstände gegenüber der bedingten Übereignung in der Praxis deshalb nicht so groß sind, weil die Sache in den Händen des Schuldners bleibt. Die Übereignung zur Sicherung kann allerdings wie jede Übereignung durch Übergabe oder Übergabesurrogate erfolgen. In der Praxis erfolgt sie immer dadurch, daß ein constitutum possessorium vereinbart wird. Nur diese Form der Übereignung zur Sicherung ist die „Sicherungsübereignung". Sie allein erfüllt ja auch nur den Zweck, zu dem sie geschaffen wurde, dem Gläubiger durch bewegliche Sachen Sicherung zu gewähren, ohne daß der Schuldner Besitz und Nutzung verliert.

Die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung ist häufig bestritten worden. Bei ihrem ersten Auftauchen hielt man sie, da sie, obwohl

in die Form der Veräußerung eingekleidet, ein Pfandrecht bezweckte, für ein nichtiges Scheingeschäft. Doch ist diese Ansicht bald als falsch erkannt worden[2]). Ihr liegt die Verwechslung von simuliertem und fiduziarischem Geschäfte zugrunde. Aber wenn so die ersten Angriffe auf die Sicherungsübereignung auch fehlgingen, blieb doch das Gefühl des Mißtrauens gegen die Rechtsgültigkeit des Geschäftes bestehen, und bald fand man den richtigen Ausdruck für den Grund der Nichtigkeit: die Sicherungsübereignung wurde als in fraudem legis für ungültig erklärt, da sie gegen das Verbot der Mobiliarhypothek und das Verbot der Verfallklausel verstoße[3]).

Die Verfallklausel, § 1229 BGB, ist erst in neuester Zeit mit Unrecht in diesem Zusammenhang genannt worden. Denn im allgemeinen bleibt auch bei der Sicherungsübereignung ebensowenig wie beim Pfandrecht die zur Sicherung gegebene Sache ohne weiteres im Eigentum des Gläubigers, vielmehr muß sie dieser im Interesse des Schuldners verwerten und den Übererlös herausgeben. Die Frage kann daher nur so lauten: Ist eine solche Sicherungsübereignung nichtig, bei der ausnahmsweise vereinbart ist, daß der Gläubiger die Sache behalten darf, anstatt sie zu verwerten? Diese Frage interessiert hier aber nicht, weil wir zunächst nur danach fragen, ob die Sicherungsübereignung überhaupt zulässig ist oder nicht.

Etwas anderes ist es aber mit dem Verbot der Mobiliarhypothek nach § 1205 BGB. Man argumentiert hier wie folgt: § 1205 normiert das Faustpfandprinzip und damit das Verbot der sogenannten Mobiliarhypothek. Sicherungsübereignung und Mobiliarhypothek haben dieselbe wirtschaftliche Natur. Beide wollen den Gläubiger dinglich sichern, ohne daß der Schuldner den Besitz der zur Sicherung dienenden Sache verliert. Beide bringen deshalb dieselbe Gefahr der Heimlichkeit mit sich. § 1205 ist nach der ratio legis über den Wortlaut hinaus ein Verbotsgesetz allgemeiner

---

[2]) Zuerst Otto Bähr, S. 52 f., sonst z. B. Goltz, S. 11; Kohler, Iherings Jahrbücher Bd. 16, S. 140; Hellwig, Archiv für zivilistische Praxis Bd. 64, S. 375.

[3]) Hinsichtlich § 1205 Otto Bähr, S. 52, in neuester Zeit namentlich Hellwig in „Wirtschaft und Recht" Bd. 1, S. 25 ff.

Hinsichtlich § 1229 zuerst Leist, S. 69 ff., in neuester Zeit namentlich Nathan, S. 18 ff., in „Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen".

Natur und verfolgt den Zweck, die Heimlichkeit bei der dinglichen Sicherung durch Mobilien im Interesse des Verkehrs auszuschließen. Deshalb ist auch die Sicherungsübereignung nichtig, weil sie zwar in anderer rechtlicher Form doch dasselbe vom Gesetz gemißbilligte wirtschaftliche Resultat herbeiführt[4]).

Man hat sich seit langem Mühe gegeben, Gegenargumente gegen diese Begründung vorzubringen. Man hat auf § 223 Abs. 2 BGB verwiesen[5]), obgleich aus dieser Bestimmung sicherlich nicht zu schließen ist, daß nun jede Form der Übereignung zur Sicherung gültig sein muß[6]). Insbesondere hat man darzulegen gesucht, daß dem § 1205 überhaupt jener über den Wortlaut hinausgehende Verbotscharakter fehlt, und daß dann natürlich die Sicherungsübereignung auch nicht gegen ihn verstoßen kann[7]). Demgegenüber sagt Hellwig[8]) mit Recht, daß die Ausführungen über die juristische Verschiedenheit von Sicherungsübereignung und Mobiliarhypothek die Tatsache nicht wegschaffen können, daß die Sicherungsübereignung dazu und nur dazu geschaffen ist, das im § 1205 zum Ausdruck gebrachte Faustpfandprinzip zu umgehen. Durchschlagende Gegengründe gegen den Vorwurf des in fraudem legis actum lassen sich deshalb nicht finden.

Es ist aber in der Geschichte unseres Rechtes nicht das erstemal, daß eine Rechtsform sich durchsetzt, obwohl sie vom Gesetz mißbilligt wird. Die Sicherungsübereignung gleicht hierin dem Rentenkauf des Mittelalters. Bei beiden hat die wirtschaftliche Notwendigkeit über die Fesseln des Rechtes gesiegt. Diese wirtschaftliche Bedeutung war es, die für die Gerichte maßgebend war, und die hergesuchten juristischen Argumente für die Gültigkeit des Geschäftes verhüllen nur schlecht die Tatsache, daß nicht der Inhalt des Gesetzes, sondern das Urteil über den wirtschaftlichen Wert der neuen Sicherungsform für die Entscheidung den Ausschlag gab[9]). Dies gilt insbesondere für das Reichsgericht[10]). Das Reichsgericht hat die neue Sicherungs-

---

[4]) So insbesondere Bähr, S. 47.
[5]) Schöndorf, S. 518.
[6]) RG. Bd. 62, S. 130.
[7]) Eingehend neuerdings begründet von Salinger, S. 427—429.
[8]) In „Wirtschaft und Recht" Bd. 1, S. 28.
[9]) Vgl. Klang, in „Wirtschaft und Recht" Bd. 1, S. 352.
[10]) Die wichtigsten Entscheidungen sind RG. Bd. 57, 175 und 59, 146. Die

form anerkannt. Nicht deshalb, weil § 1205 als Verbotsgesetz nicht anzusehen ist, wie die Urteilsbegründung sagt, sondern weil es die Sicherungsübereignung für ein nicht mehr entbehrliches Kreditmittel des modernen Verkehrs ansah. Dieser Ansicht wird man zustimmen müssen.

Gewiß bringt die Sicherungsübereignung viele Nachteile. Sie zerstört die dem Verkehr erwünschte Öffentlichkeit bei der Verpfändung von Mobilien. Sie leistet wie die Hypothek dem Dauerkredit Vorschub, denn da der Schuldner die Sache behält, fehlt ihm im Gegensatz zum Faustpfand der Antrieb, die gesicherte Forderung möglichst bald zu erfüllen, um den Besitz der Sache wiederzuerlangen. Häufig wird sie auch den Schuldner vor dem Ruin nicht bewahren, sondern den Zusammenbruch nur verzögern zum Schaden der Gläubiger. Das schlimmste ist, daß sie so vielfach mißbraucht wird, so daß sie nicht den Gläubiger vor Schädigung seiner Forderung, sondern den Schuldner vor Zwangsvollstreckung seiner übrigen Gläubiger schützt. Man ersieht dies schon daraus, daß so oft nahe Angehörige und andere am Wohlergehen des Schuldners interessierte Personen die gesicherten Gläubiger und Hausrat und ähnliche unverwertbare Gegenstände die zur Sicherung dienenden Sachen sind[11]).

Aber diese Nachteile, diese Möglichkeit des Mißbrauches konnten für die Beurteilung des Wertes der neuen Sicherungsform dann nicht ausschlaggebend sein, wenn die Sicherungsübereignung für das heutige Wirtschaftsleben unentbehrlich war. Der oberste Gerichtshof ist von diesem Standpunkt der Unentbehrlichkeit ausgegangen, und ihm hat sich hierin die herrschende Meinung, so kann man jetzt schon sagen, angeschlossen. Es sei hier nur ein Wort aus allerletzter Zeit erwähnt. In der Reichstagssitzung vom 18. April 1912 sagte der Staatssekretär des Reichsjustizamts: „Ein-

erste Entscheidung handelt vom Sicherungskauf. Dieser ist der Vorgänger der Sicherungsübereignung. Durch seine Nebenbestimmungen, wie Aufrechnung des Kaufpreises mit der zu sichernden Forderung, Rückkaufsrecht oder -pflicht, ist er eine ganz unnatürliche Konstruktion. Vgl. Düringer, LZ. 1908, S. 100, und Hallbauer in „Recht" 632—637, 661—665. Erfreulicherweise hat er heute neben der Sicherungsübereignung kaum noch Bedeutung.

[11]) Hellwig, „Wirtschaft und Recht", S. 155; Peiser, „Unser Kreditrecht und seine Reformbedürftigkeit", S. 19; Klang in „Wirtschaft und Recht", S. 354.

verständnis herrscht darüber, daß die Sicherungsübereignungen nicht schlechthin und ohne jeden Ersatz verboten und für nichtig erklärt werden können; denn sie bilden, wie die Verhältnisse einmal liegen, für kleine Gewerbetreibende ein unentbehrliches und auch nicht unberechtigtes Mittel zur Erlangung von Kredit[12])."

Die neue Sicherungsform erscheint deshalb als unentbehrlich, weil sie in einer Zeit höchster Kreditanspannung und der Vorherrschaft des Realkredites den Kreis der sicherungsfähigen Sachen erheblich erweitert. Dies muß den Ausschlag geben. Das Streben des Kreditbedürftigen, wenn nötig, das ganze Vermögen zur Erlangung und Erhaltung des Kredites zu benutzen, ist genau so stark und genau so berechtigt wie das Streben des Kapitalisten, für sein ausgeliehenes Geld Zinsen zu erhalten. Deshalb wird, wenn das Gesetz eine Reihe von Vermögensstücken — die beweglichen Sachen, deren Besitz man nicht entbehren kann — von der Benutzung zu Kreditzwecken ausschließt, diese Bestimmung auf die Dauer ebenso wirkungslos sein wie das Verbot, Zinsen zu nehmen. Die Kreditanspannung mag zuweilen eine Kreditüberspannung sein. Rechtliche Gebote oder Verbote können dieses Übel aber ebensowenig hindern wie das Steigen des Zinsfußes zu schädlicher Höhe. Das Recht muß vielmehr mit der Kreditanspannung als mit einer Tatsache rechnen und sich ihr anpassen. Von diesem Standpunkt aus muß jede Sicherungsform, die den Kreis der sicherungsfähigen Sachen erweitert, als eine Verbesserung angesehen werden, weil sie die Möglichkeit, Kredit zu erlangen, vergrößert. Eine Verbesserung gibt man aber nicht deshalb auf, weil sie durch Mißbrauch zum Gegenteil verkehrt werden kann.

Die Verbesserung, die in der Sicherungsübereignung liegt, hat am meisten und am frühesten der Kaufmann gespürt. Für ihn ist Realkredit Lebensbedingung und die Faustpfandbestellung eine Unmöglichkeit. Der Lieferantenkredit ist allerdings gewöhnlich Personalkredit. Aber der Kaufmann kommt sehr bald in die Lage, fremden Kredit in Anspruch nehmen zu müssen. Dazu brauchen keine außergewöhnlichen Umstände einzutreten. Der gewöhnlichste Fall ist der, daß die Außenstände, das „Buch", mit der Zeit

[12]) Vgl. Hoeniger, S. 47.

immer größer geworden sind und auf diese Weise das Geschäftskapital zum großen Teil in unverzinslichen Forderungen ruht, so daß der Lieferantenkredit zur Fortführung des Geschäftes nicht mehr ausreicht. Der Kaufmann hat jetzt fremden Bankkredit nötig, und diesen erhält er nur gegen reale Sicherheit. Wenn er keinen Grundbesitz hat, der noch eine Hypothekenbelastung verträgt, so wird das vorhandene Warenlager das einzige Kreditmittel sein. Selbst wenn der Kaufmann nun sein Warenlager zum Teil entbehren könnte, würde die Pfandbestellung gewöhnlich daran scheitern, daß eine Besitzübertragung wegen Raummangel und Aufbewahrungskosten unmöglich wäre. Gewöhnlich wird aber auch nicht einmal ein Teil des Warenlagers entbehrt werden können. Dann trifft folgende Erwägung zu: Der Kredit soll dazu dienen, den Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten, eine Faustpfandbestellung würde aber gerade die Einstellung des Betriebes nötig machen. Kredit erlangt der Kaufmann nur, wenn er das Geschäft einstellt, Kredit nutzt ihm aber nur, wenn er das Geschäft fortführen kann. Das Festhalten am Faustpfandprinzip übt hier also eine schädliche Wirkung aus. Die Kreditfähigkeit eines besonders kreditbedürftigen Personenkreises wird dadurch herabgesetzt. Aus praktischen Fällen ersieht man auch, daß eine Sicherungsübereignung von Warenlagern viel weniger häufig mißbräuchlich dazu benutzt wird, den Schuldner vor der Zwangsvollstreckung seiner Gläubiger zu schützen, als die gewöhnliche Sicherungsübereignung. Nicht nahe Angehörige sind hier die gesicherten Gläubiger, sondern fast ausschließlich Banken oder Lieferanten, denen die Personalsicherheit nicht mehr genügte, also Personen, denen es mit der Sicherung Ernst ist.

§ 2. Die Möglichkeit einer juristischen Konstruktion der Sicherungsübereignung von Warenlagern.

Wenn wir eben die wirtschaftliche Bedeutung der Sicherungsübereignung von Warenlagern besprachen, so gingen wir von der Voraussetzung ihrer Existenzmöglichkeit aus. Diese wird nicht von allen Seiten anerkannt. Dr. Heinrich Hoeniger hat vielmehr einen großen Abschnitt seines hochinteressanten Buches über die Siche-

rungsübereignung von Warenlagern[1]) dazu verwandt, den Nachweis zu liefern, daß die Sicherungsübereignung von Warenlagern juristisch unkonstruierbar sei.

Wir sahen bereits, daß der Kredit dem Kaufmann nur etwas nutzt, wenn er sein Geschäft im großen ganzen so fortführen kann wie zuvor. Er muß daher seine Waren nach wie vor besitzen, über sie nach wie vor verfügen, sie im eigenen Namen und für eigenen Gewinn verkaufen können. Dabei soll trotzdem der Gläubiger Eigentümer sein. Dieser muß also die wichtigsten Rechte des Eigentümers haben, während sie doch in unserem Falle dem Schuldner zuzustehen scheinen, so daß dem Gläubiger scheinbar nur ein nudum jus dominii, der leere Name des Eigentümers, verbleibt. Doch ist dies nur scheinbar der Fall.

Bevor wir auf die Frage eingehen, was für Rechte der Gläubiger haben muß, um wirklicher und nicht nur nomineller Eigentümer zu sein, wollen wir zunächst uns noch einmal jenes komplizierte Rechtsverhältnis vergegenwärtigen, das die Sicherungsübereignung zwischen Gläubiger und Schuldner hervorruft.

Zwischen beiden bestehen vom Augenblick der Übereignung an drei voneinander verschiedene Rechtsverhältnisse, nämlich

1. die Forderung, die gesichert werden soll,
2. das Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 BGB,
3. der obligatorische Nebenvertrag, der den Gläubiger unter bestimmten Umständen verpflichtet, die zur Sicherung übereigneten Sachen an den Schuldner zurückzuübertragen. Wir wollen diesen Vertrag Sicherungsabrede nennen.

Die rei vindicatio des Gläubigers als des Eigentümers gegen den Schuldner ist kein neues, viertes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, weil sie keine selbständige Existenz führt. Der Gläubiger ist ja zugleich Eigentümer und mittelbarer Besitzer. Er steht so zum Schuldner wie ein Verleiher, der seine eigene Sache verliehen hat, zum Entleiher. Dieser Verleiher hat gegen den Entleiher die rei vindicatio aus dem Eigentum und zugleich den Herausgabeanspruch aus der Leihe, dem Besitzmittlungsverhältnis. Beide Ansprüche sind aber untrennbar verbunden. Der Verleiher kann nicht die rei vin-

[1]) Bei J. Bensheimer, Mannheim und Leipzig. Zweite Auflage. 1912.

dicatio gegen den Entleiher an einen Dritten abtreten und den Herausgabeanspruch aus dem Leihverhältnis behalten oder umgekehrt. Er kann nur beide zusammen abtreten. Die Existenz der rei vindicatio geht also schon aus dem Besitzmittlungsverhältnis, der Rechtsbeziehung Nr. 2, hervor.

Die drei Rechtsbeziehungen, die zwischen Schuldner und Gläubiger bestehen, sind so völlig unabhängig voneinander, daß sie zwischen verschiedenen Personen vorhanden sein können. Zunächst kann wie beim Pfandrecht der persönliche Schuldner A. von dem Sicherungsübereigner B. verschieden sein, so daß das Rechtsverhältnis Nr. 1 zwischen A. und dem Gläubiger C., die Rechtsverhältnisse Nr. 2 und 3 zwischen B. und C. bestehen. Die Ähnlichkeit mit dem Pfandrecht ist aber hiermit beendet, denn beim Pfandrecht muß Forderungsgläubiger und Pfandgläubiger dieselbe Person sein. Anders ist es bei der Sicherungsübereignung. Der Gläubiger C. ist zwar kraft der Sicherungsabrede verpflichtet, die zur Sicherheit übereigneten Sachen nicht an einen Dritten zu veräußern. Diese Verpflichtung ist aber rein obligatorisch. Als Eigentümer kann er trotzdem veräußern. Dies tut er, indem er den Herausgabeanspruch gegen B. — besser die beiden Herausgabeansprüche — an D. abtritt. Eine solche Zession wird praktisch nicht vorkommen, sie ist aber sehr wohl denkbar. B. wird dadurch nicht schlechter gestellt. Er kann nach § 986 Abs. 2 auch dem neuen Eigentümer D. sein Recht zum Besitze entgegensetzen. Wir haben also jetzt vier Personen mit folgender Rollenverteilung:

Die persönliche Forderung besteht zwischen A. und C. Das Besitzmittlungsverhältnis besteht zwischen B. und D. Die Sicherungsabrede besteht zwischen B. und C.

Hier ist D. Eigentümer geworden. Sein Eigentumsrecht beruht auf dem von der persönlichen Forderung und der Sicherungsabrede unabhängigen Besitzmittlungsverhältnis. Wir können jetzt zu unserm Ausgangspunkte zurückkehren. Wir sehen, daß jede Sicherungsübereignung möglich ist, wenn sich ein Besitzmittlungsverhältnis finden läßt, und daß der Gläubiger wirklicher und nicht nur Scheineigentümer ist, wenn er der mittelbare Besitzer ist. Es fragt sich also, ob es ein Besitzmittlungsverhältnis gibt, bei dem B., der Sicherungsübereigner, über die Waren, die er jetzt als unmittelbarer

Fremdbesitzer hat, ebenso wie früher verfügen kann und sie ebenso wie früher im eigenen Namen und für eigene Rechnung veräußern darf; ob sich, wenn er wie gewöhnlich sein Geschäft fortführt, über ihm noch ein mittelbarer Besitzer denken läßt. Hoeninger behauptet, ein solches Besitzmittlungsverhältnis gibt es nicht. Wir werden jetzt aber sehen, daß das Gegenteil richtig ist.

Das Besitzmittlungsverhältnis ist in § 868 BGB behandelt. Sein Wesen besteht darin, daß

einmal dem mittelbaren Besitzer ein Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer zusteht, wie wir bereits gesehen haben, und daß zweitens der unmittelbare Besitzer auf Kosten des mittelbaren besitzt[2]).

Der unmittelbare Besitzer hat also auf Grund des zweiten Erfordernisses zwar ein Recht zum Besitze, aber er besitzt nur auf Kosten des mittelbaren Besitzers. Sein Besitzrecht kann stark oder schwach sein, stärker oder schwächer werden, diesem Gewinn oder Verlust in der Stärke des Besitzrechtes steht immer genau entsprechend ein Verlust und Gewinn in der Stärke des Besitzrechts des mittelbaren Besitzers gegenüber. Das heißt eben, auf Kosten des mittelbaren Besitzers besitzen. Fällt das Besitzrecht des unmittelbaren Besitzers ganz weg, so tritt automatisch der normale Besitzzustand ein, der darin besteht, daß der Eigentümer alleiniger Besitzer ist.

Da der Wegfall und jede Abschwächung des Besitzrechts des unmittelbaren Besitzers dem mittelbaren Eigenbesitzer zugute kommen muß, so folgt daraus, daß das Besitzrecht des mittelbaren Besitzers niemals völlig ausgeschaltet sein darf, denn das Besitzrecht des unmittelbaren Besitzers ist ja immer nur eine Beschränkung des Besitzrechts des mittelbaren Besitzers. Der mittelbare Besitzer muß noch bis zu einem gewissen Grade seine Herrschaft über die Sache ausüben können.

Jedes Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 gibt also dem unmittelbaren Besitzer nur ein Besitzrecht, das in zweifacher Hinsicht Schranken unterliegt, einmal einer zeitlichen Schranke, weil ein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers besteht, und sodann sachlichen Schranken, weil auch dem mittelbaren Besitzer noch eine

[2]) So die herrschende Meinung.

Herrschaft über die Sache in gewissem Umfange zukommen muß. Da der mittelbare Besitzer diese Sachherrschaft durch die Person des unmittelbaren Besitzers ausübt, so bestehen diese sachlichen Schranken in Verpflichtungen des unmittelbaren Besitzers.

Im Rahmen eines solchen Besitzmittlungsverhältnisses würden sich die Absichten der Parteien ohne Schwierigkeit verwirklichen lassen, wenn unser Recht ein Eigentum an der universitas rei anerkennen würde[3]), was nicht der Fall ist. Dann könnte der Schuldner ohne weiteres über die einzelnen Sachen verfügen, denn der Herausgabeanspruch bestände doch, weil er auf das Warenlager als Gesamtheit ginge. Die Pflichten des Schuldners, die die sachlichen Schranken seines Besitzrechtes darstellten, bestänben darin, daß er das Lager ordnungsmäßig verwalten, Rechenschaft ablegen müßte usw.

Unser Gesetz kennt aber nun kein Recht an einer Sachgesamtheit, sondern nur an der Einzelsache. An jeder Einzelsache muß ein constitutum possessorium vereinbart werden, an jeder Einzelsache müssen für den Gläubiger ein Herausgabeanspruch, für den Schuldner Verpflichtungen, die Sache in bestimmter Weise zu besitzen, bestehen.

B. soll nach der Parteiabsicht über die Sache auch fernerhin verfügen, sie insbesondere veräußern dürfen. Scheinbar widersprechen sich schon hier unlöslich juristische Form und Parteiabsicht: Wenn B. eine Sache veräußern kann, so hat ja D. keinen Herausgabeanspruch auf diese Sache mehr. Das Gegenteil ist der Fall. Wir sehen im Rechtsleben häufig Rechtsverhältnisse, die zweifellos Besitzmittlungsverhältnisse nach § 868 sind, und wo trotzdem der unmittelbare Besitzer in der Lage ist, die Sache zu veräußern. So ist es insbesondere bei der Verkaufskommission. Man[4]) hat hier gesagt, der Herausgabeanspruch wandelt sich um. An Stelle der Sache tritt das wirtschaftliche Surrogat; das, was der Kommissionär aus dem Verkauf erlangt, unterliegt jetzt dem Herausgabeanspruch. Das ist sogar beim Kommissionär für gewöhnlich nicht richtig. Im allgemeinen wird gar kein dinglicher Herausgabeanspruch vorhanden sein, sondern nur ein persönlicher, an den

[3]) Vgl. Hoeniger, S. 54 ff.
[4]) Bonnet, S. 35.

Bonnet auch allein denkt. Ein persönlicher Anspruch ist aber niemals ein Ersatz für einen dinglichen Anspruch. Außerdem braucht überhaupt kein wirtschaftliches Surrogat und damit nicht einmal ein persönlicher Anspruch vorhanden zu sein, z. B. wenn jemand einem andern eine Sache übergibt mit dem Auftrage, sie einem Dritten zu schenken.

Die Lösung ist in Wirklichkeit viel einfacher. Zum Besitzmittlungsverhältnis gehört allerdings, wie wir sahen, ein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers. Es ist aber durchaus nicht nötig, daß sich dieser Herausgabeanspruch auch verwirklicht. Sehr häufig ist das Gegenteil der Fall, z. B. wenn die in den Händen des unmittelbaren Besitzers befindliche Sache untergeht. Geht die Sache unter, oder wird sie wie in unserm Falle durch den unmittelbaren Besitzer veräußert, so erlischt zwar in diesem Augenblicke der dingliche Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer. Es erlischt aber auch das Besitzmittlungsverhältnis. Solange die Sache noch nicht untergegangen, noch nicht veräußert ist, besteht zwar das Besitzermittlungsverhältnis und das Besitzrecht, aber so lange besteht auch der Herausgabeanspruch. Wir sehen, die Veräußerungsbefugnis des unmittelbaren Besitzers steht dem Wesen des Besitzmittlungsverhältnisses nicht entgegen. Denn der dingliche Herausgabeanspruch ist als zeitliche Schranke des Besitzrechtes des unmittelbaren Besitzers vorhanden, solange das Besitzmittlungsverhältnis überhaupt besteht.

Dieses ist aber auch erforderlich. Trotzdem sehen wir bei der Sicherungsübereignung sehr häufig Fälle, wo ein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers zweifellos nicht mehr mit Wirksamkeit besteht, weil gegen ihn eine peremtorische Einrede geltend gemacht werden kann, wo aber nichtsdestoweniger ein Besitzrecht des unmittelbaren Besitzers noch vorhanden und auf diese Weise dauernd geworden ist. Z. B. der Schuldner hat die durch die Sicherungsübereignung gesicherte Forderung rechtzeitig bezahlt, oder die durch die Sicherungsübereignung gesicherte Forderung war eine bedingte, und es stellt sich jetzt heraus, daß die Bedingung überhaupt nicht eintreten kann. In beiden Fällen ist übereignet zur Sicherung einer Forderung, die jetzt nicht mehr besteht. In beiden Fällen ist allerdings der frühere Gläubiger noch Eigentümer, der

frühere Schuldner nur unmittelbarer Fremdbesitzer, in beiden Fällen kann aber der unmittelbare Besitzer der Klage auf Herausgabe die peremtorische Einrede entgegensetzen, daß er die Sache zu Recht in Besitz habe und deshalb nicht herauszugeben brauche. Der Fall ist genau so, wie wenn ein Verkäufer und Eigentümer von dem Käufer die bereits in dessen Besitz befindliche, aber noch nicht übereignete Sache herausverlangen wollte. In unserm Falle wie in diesem Beispiele hat der Gläubiger oder Verkäufer den Herausgabeanspruch. In beiden Fällen hat aber der Schuldner oder der Käufer ein Recht auf Rückgabe oder auf Übergabe der Sache, und da er die Sache schon in seinem Besitz hat, so verwandelt sich dies Recht auf Übergabe in ein Recht auf Besitz, denn Ziel des Rechts auf Übergabe ist ja nicht die Übergabe, sondern die Besitzerlangung[5]). Dieses Recht zum Besitze, das der Schuldner gegenüber dem dinglichen Herausgabeanspruch des Gläubigers hat, ist aber ein dauerndes Recht und erzeugt deshalb eine peremtorische Einrede gegen diesen Herausgabeanspruch, so daß der Herausgabeanspruch nicht mehr besteht als eine zeitliche Schranke des Besitzrechts des unmittelbaren Besitzers. Wie verträgt sich dies aber mit den Grundsätzen, die wir für das Besitzmittlungsverhältnis gefunden haben, bei dem der Herausgabeanspruch das Besitzrecht des unmittelbaren Besitzers beenden sollte, bei dem er also nur eine dilatorische, aber keine peremtorische Einrede verträgt? Oder wenn wir das gefundene Resultat auf das Verhältnis zwischen den vier Personen A. bis D. anwenden: wie steht es mit dem Eigentum des D., nachdem A., der persönliche Schuldner, die Forderung rechtzeitig bezahlt hat? Salinger[6]) denkt in seinem Gutachten an diese Möglichkeit und bespricht sie folgendermaßen: Der Schuldner — in unserem Falle B. — brauche kraft seines Rechts zum Besitze auf Grund von § 986 Abs. 2 die Sache nicht herauszugeben. Derjenige, dem der dingliche Herausgabeanspruch gegen den Schuldner abgetreten sei — in unserm Falle D. —, sei aber unbeschränkter Eigentümer geworden, auf ihn sei die Verpflichtung, die Sache nach Untergang der gesicherten Forderung zurückzuübertragen, nicht übergegangen. Daher könne der Schuldner B. von ihm, dem D., die

[5]) Vgl. Wolff, „Das Recht zum Besitz", S. 7—8.
[6]) S. 432.

Rückübereignung der Sache nicht verlangen. Salinger kommt also zu dem Schlusse: Der Sicherungsübereigner B. ist zwar kein Eigentümer, er kann auch von D. nicht verlangen, daß er Eigentümer wird, er kann aber trotzdem die Sache für immer behalten und mit ihr machen, was er will. D. ist zwar Eigentümer, er hat auch einen Herausgabeanspruch, er hat aber nicht die geringste Herrschermacht über die Sache, weil seinem Anspruch eine peremtorische Einrede gegenübersteht. Wie steht es jetzt mit dem Eigentum des D.? Ein Eigentümer, der keine Herrschaft mehr über die in seinem Eigentum stehende Sache hat, ist doch kein Eigentümer; ein Fremdbesitzer, der mit der Sache machen kann, was er will, ist doch kein Fremdbesitzer mehr. Ist hierdurch nicht erwiesen, daß ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen B. und D. unmöglich und das Eigentum des D. ein leeres Scheineigentum ist? Durchaus nicht.

Im Rahmen eines Besitzmittlungsverhältnisses ist allerdings ein Herausgabeanspruch unmöglich, dem eine peremtorische Einrede entgegensteht. Aber wenn eine peremtorische Einrede vorhanden ist, so beweist das nur, daß in diesem Augenblick kein Besitzmittlungsverhältnis mehr besteht; es beweist nicht, daß ein Besitzmittlungsverhältnis niemals bestanden hat. Nichts steht im Wege, anzunehmen, daß das Besitzmittlungsverhältnis bis zum Entstehen der peremtorischen Einrede bestanden hat und erst dann erlischt; ebenso wie Herausgabeanspruch und Besitzmittlungsverhältnis erlöschen, wenn die Sache von dem unmittelbaren Besitzer veräußert wird, oder wenn sie untergeht. In der Tat erlischt auch hier das Besitzmittlungsverhältnis dann, wenn eine peremtorische Einrede entsteht. Wir sahen, daß eine solche Einrede in unsern Beispielen von dem Momente an vorhanden war, wo der persönliche Schuldner die Forderung rechtzeitig bezahlte, oder wo feststand, daß die Bedingung nicht mehr eintreten konnte, also von dem Momente an, wo die Forderung nicht mehr vorhanden war. Es ist jener Augenblick, wo der Schwebezustand, den jede Sicherungsübereignung mit sich bringt, in der dem Schuldner günstigen Weise beendet wird. Dieser Schwebezustand dauert bis zur Fälligkeit der Forderung. Zahlt dann der Schuldner rechtzeitig, so wird der Schwebezustand in der für ihn günstigen Weise beendet, denn er erhält eine peremtorische Einrede gegen den Herausgabeanspruch des Gläubigers.

Zahlt der Schuldner nicht rechtzeitig, so wird der Schwebezustand in der für ihn ungünstigen Weise beendet, denn die dilatorische Einrede, die ihm das Recht zum Besitze aus dem Besitzmittlungsverhältnisse gab, fällt jetzt weg, weil sein Recht zum Besitz kraft des Sicherungszweckes wegfällt, wenn er die Forderung nicht rechtzeitig bezahlt. Wir sehen, bei Beendigung des Schwebezustandes, also bei Fälligkeit der Forderung, fällt das Besitzmittlungsverhältnis auf jeden Fall fort, entweder weil eine peremtorische Einrede entsteht oder weil das Recht zum Besitze und damit das Besitzmittlungsverhältnis kraft des Sicherungszweckes untergeht. In dem dem Schuldner günstigen Falle, nämlich wenn eine peremtorische Einrede entsteht, behält der Schuldner zwar das Recht zum Besitze der Sache und sogar von jetzt ab als dauerndes und nicht mehr nur als zeitliches Recht, aber dieses Recht zum Besitze hat er nicht kraft des Besitzmittlungsverhältnisses, sondern kraft der Sicherungsabrede, die ihm ein Recht auf Rückgabe gibt. Dieses Recht auf Rückgabe hat sich, wie wir sahen[7]), in ein Recht auf Besitz verwandelt, weil der Schuldner schon im Besitz der Sache ist. Wenn der Schuldner rechtzeitig bezahlt, so besteht sein Recht zum Besitze also bis zur rechtzeitigen Zahlung auf Grund des Besitzmittlungsverhältnisses, nach dieser Zahlung auf Grund der Sicherungsabrede. Beide Besitzrechte kann er nach § 986 Abs. 2 BGB auch gegen den Cessionar D. geltend machen.

Gerade wegen dieser Vorschrift des § 986 Abs. 2 läßt sich, wie vorhin schon angedeutet wurde, der Einwand, daß der Cessionar D., also der Sicherungseigentümer überhaupt nur ein Scheineigentum hat, auf den ersten Blick selbst dann aufrechterhalten, wenn man die Möglichkeit eines Besitzmittlungsverhältnisses zugibt. Man könnte sagen: Wegen des Eintritts einer völlig außerhalb liegenden Tatsache, nämlich wegen der Bezahlung der gesicherten Forderung, schwindet plötzlich alle Kraft des Eigentums des Cessionars D. dahin. Daraus geht hervor, daß dies Eigentum in Wirklichkeit gar kein Eigentum ist. Auch diese Beweisführung ist nicht richtig: Wenn B. das Recht zum Besitz aus der Sicherungsabrede dem D. gegenüber geltend macht, so bringt er eine Einrede aus fremdem Rechtsverhältnis vor, denn die Sicherungsabrede besteht

[7]) S. 21 der Arbeit.

nur zwischen B. und C. Wenn das Gesetz hier ein oberstes Grundprinzip, nämlich daß obligatorische Verpflichtungen nur inter partes wirken, preisgibt, so tut es dies um des Besitzes willen. Weil B. den Besitz der übereigneten Sache hat, verlangt das Gesetz von jedem Rechtsnachfolger des C., daß er das vor aller Augen bestehende Besitzrecht des B. auch beachtet. Anders ist es aber sofort, wenn der Herausgabeanspruch keinem Rechtsnachfolger des C. zusteht, sondern z. B. dem Konkursverwalter. Dieser kann von B. die Herausgabe immer verlangen[8]). Die Kraft des Eigentums ist also durch die Bezahlung der Forderung nicht geschwunden. Sie ruht nur bei den Eigentümern, die die Kraft des Eigentums nicht verdienen.

Übrigens braucht das Besitzrecht aus der Sicherungsabrede dem Besitzrecht aus dem Besitzmittlungsverhältnis nicht nachzufolgen, sondern kann diesem auch vorangehen. Z. B. der Schuldner übereignet einer Bank Sachen zur Sicherung für zukünftige Verbindlichkeiten. Solange noch keine Forderungen der Bank entstanden sind, besteht das Besitzrecht aus der Sicherungsabrede. Das Besitzmittlungsverhältnis entsteht erst mit einer Forderung, also wenn der Schwebezustand entsteht. Daraus ergibt sich: Das Besitzmittlungsverhältnis entsteht und geht unter mit dem Schwebezustand. Es bildet diesen Schwebezustand.

Wir kommen also für die Sicherungsübereignung von Warenlagern zu folgendem Resultat: Das Besitzmittlungsverhältnis ist bezüglich seiner zeitlichen Schranke, bezüglich des Herausgabeanspruches möglich, so wie es die Parteien wollen. Denn die Veräußerungsbefugnis des Schuldners als des unmittelbaren Besitzers steht dem Herausgabeanspruch nicht entgegen. Dieser Herausgabeanspruch bildet vielmehr in jedem Falle eine wirksame zeitliche Schranke des Besitzrechtes des Schuldners aus dem Besitz-

[8]) Die Frage, ob der Konkursverwalter die Waren vom Schuldner auf jeden Fall herausverlangen kann, ist in doppelter Weise bestritten, läßt sich aber nach meiner Meinung nicht anders lösen. Einmal wird gesagt (vgl. § 6 am Anfang), daß bei der fiducia wirtschaftlich das Eigentum noch beim Schuldner stände und nur formal beim Gläubiger, so daß der Schuldner einen Aussonderungsanspruch habe. Ein solches Doppeleigentum ist aber unmöglich. Zum andern sagt man (insbesondere Dernburg S. R. § 99 Anm. 2), daß der Schuldner auch gegen den Konkursverwalter die Einrede aus § 986 Abs. 2 habe. Hiergegen wendet sich aber die herrschende Meinung, weil der Konkursverwalter nicht Rechtsnachfolger des Schuldners ist.

mittlungsverhältnisse, so wie es § 868 erfordert. Der Gläubiger hat bezüglich der zeitlichen Geltung des Besitzrechtes kein nudum jus dominii, sondern bei Fälligkeit der Forderung, wenn es der Sicherungszweck verlangt, den Herausgabeanspruch, der zeigt, daß er der wahre Herr, der Eigentümer der Sachen ist.

Gewiß ist es möglich, daß der Schuldner bei Fälligkeit der Forderung sein ganzes Warenlager veräußert hat. Dann hat er aber, wie wir später sehen werden, seine Verpflichtung, das Warenlager stets auf der gleichen Höhe zu halten, nicht erfüllt, und bei Nichterfüllung einer Verpflichtung wird, wie wir ebenfalls sehen werden, das Besitzrecht aus dem Besitzmittlungsverhältnisse auch schon vor Fälligkeit der Forderung kraft des Sicherungszweckes hinfällig, so daß schon jetzt dem Herausgabeanspruch keine Einrede mehr gegenübersteht.

Wir kämen jetzt zu den sachlichen Schranken des Besitzrechtes. Diese sind aber die Verpflichtungen des Sicherungsübereigners aus dem Besitzmittlungsverhältnisse, die wir erst im nächsten Paragraphen behandeln werden. Wir werden dort sehen, daß, wie es auch § 868 zweifellos verlangt, jedem Rechte des Schuldners eine Pflicht gegenübersteht. Das Besitzrecht ist nicht unbeschränkt, die Veräußerungsbefugnis, die tatsächliche Verfügungsbefugnis nicht und schließlich auch nicht das Recht, den Erlös der Waren zu behalten. Denn dem Wesen des Eigentumsrechtes entspricht es, daß der Eigentümer auch über das wirtschaftliche Surrogat, den Erlös, Bestimmungen treffen kann.

Haben die Parteien jetzt das erreicht, was sie wollen? Soweit wir bis jetzt gesehen haben, noch nicht voll und ganz. Der Gläubiger soll Eigentümer des Warenlagers sein. Es sollen also nur Sachen in seinem Eigentum stehen, die zum Warenlager gehören, es sollen aber auch alle Sachen des Warenlagers in seinem Eigentum stehen. Kraft der Veräußerungsbefugnis des Schuldners ist das erste Erfordernis erfüllt, das zweite bis jetzt noch nicht. Denn alle Waren, die der Schuldner anschafft, stehen zunächst in seinem Eigentum. Im übernächsten Paragraphen werden wir sehen, daß sich auch diese Frage befriedigend lösen läßt. Im übrigen hat sie nichts mehr zu tun mit der Möglichkeit einer Konstruktion der Sicherungsübereignung von Warenlagern. Denn diese Möglichkeit hängt ganz

allein davon ab, ob sich ein Besitzmittlungsverhältnis finden läßt. Ein solches Besitzmittlungsverhältnis ist möglich. Denn der Gläubiger hat einen spätestens bei Fälligkeit der Forderung durchführbaren Herausgabeanspruch und kann den Schuldner durch die diesem obliegenden sonstigen Verpflichtungen zwingen, die Waren nur so zu gebrauchen, wie es der regelmäßige Geschäftsgang des Geschäftes verlangt.

Trotz Hoenigers Widerspruch hat sich insbesondere auch das Reichsgericht auf den Standpunkt gestellt, daß eine Sicherungsübereignung von Warenlagern gültig sei. Fast alle Entscheidungen, die sich mit der Sicherungsübereignung von Warenlagern befassen, gehen ohne jede Begründung von der rechtlichen Zulässigkeit dieser Sicherungsübereignung aus[9]). Der dritte Zivilsenat läßt allerdings unter Verweisung auf Hoeniger dahingestellt, ob nicht die Sicherungsübereignung von Warenlagern ungültig sei[10]). Ausdrücklich mit Begründung hervorgehoben ist demgegenüber die Zulässigkeit in zwei Entscheidungen der allerletzten Zeit. So heißt es bei dem 7. ZS. im Urteil vom 14. November 1911[11]):

> Allerdings liegt bei einer Übereignung des Eigentums zur Sicherheit nicht unter allen Umständen und mit Notwendigkeit eine den Erfordernissen des § 868 BGB genügende Vereinbarung vor; allein im vorliegenden Fall war eine solche gegeben. Zunächst steht fest, daß B. der Klägerin gegenüber zum Besitze berechtigt war, denn diese hatte ihm das Recht eingeräumt, die Sachen unentgeltlich zu benutzen. Dieses Benutzungsrecht war auch weder inhaltlich noch zeitlich unbeschränkt. Zwar durfte B. die Waren auch veräußern, aber da es sich um Schneiderwaren handelte und B. Schneidermeister war, so ergab sich in Ermangelung anderweitiger Abreden hieraus ohne weiteres, daß er nur zu solchen Veräußerungen berechtigt war, die der ordnungsmäßige Betrieb seines Gewerbes mit sich brachte. Was aber die Dauer des Benutzungsrechts anbelangt, so darf als Parteiwille vorausgesetzt werden,

[9]) Derselben Ansicht Schäfer, S. 30, Hirsch, DJZ. Bd. 11, S. 1384. Die in Frage kommenden Entscheidungen sind insbesondere das Urteil des 7. ZS. vom 3. 1. 1911, JW. 1911, S. 324, des 6. ZS. vom 18. 5. 1911, JW. 1911, S. 650.

[10]) Im Urteil vom 5. 5. 1911, JW. 1911, S. 576.

[11]) In Recht 1912, Beilage Nr. 2044.

daß es jedenfalls endigen sollte, wenn B. seine Schuld nicht rechtzeitig bezahlte, oder wenn über sein Vermögen der Konkurs eröffnet wurde. Das durch den Vertrag begründete Verhältnis läßt sich hiernach ohne Zwang als ein solches im Sinne des § 868 ansehen. Es fehlt auch nicht an der nötigen Bestimmtheit des Vertragsgegenstandes; denn der Vertrag läßt darüber keinen Zweifel, daß alle Waren des B. veräußert werden sollten, die sich zur Zeit des Vertragsschlusses in einem bestimmten Raume, nämlich im Laden des Veräußerers, befanden. Unter solchen Umständen war die Aufnahme eines genauen Inventars nicht erforderlich; die Sachen waren durch Bezeichnung der Räumlichkeit, in welcher sie sich befanden, ausreichend individualisiert.

Derselbe Senat, dem überhaupt die Stellungnahme des Reichsgerichts in dieser Frage zu verdanken ist, sagt in dem Urteil vom 16. Februar 1912[12]):

Ein in solcher Weise sich vollziehender Eigentumserwerb ist auch bei einer Sachgesamtheit einem Warenlager zugelassen[13]).

In der Literatur sind die Stimmen über die Zulässigkeit sehr geteilt[14]).

Das Besitzmittlungsverhältnis, das in unserm Falle an Stelle der Übergabe vereinbart wird, und das wir bisher in seinen Umrissen dargelegt haben, entspricht nicht einer benannten Vertragsform, wie Miete, Leihe usw. Wäre dies der Fall, so wäre, wie Düringer[15]) mit Recht sagt, „ein relativ einfacher, gesetzlich normierter Tatbestand" geschaffen. Dadurch wären einmal die Rechts-

---

[12]) Bei Hoeniger, S. 25, Warmeyer Bd. 5, S. 236.

[13]) Die Formulierung in diesem Urteil ist nicht glücklich und hat außer bei Hoeniger, S. 25, noch vielfach Anstoß erregt, weil sie von einem Eigentum an einer Sachgesamtheit spricht. Dies Urteil gibt auch keine Begründung.

[14]) Gegen die Zulässigkeit: Außer Hoeniger, Hallbauer, im Bankarchiv 1911, S. 307; Oertmann DJZ., S. 1182. Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin in JW. 1912, S. 97; Kleinrath in JW. 1912, S. 104. Alle mit der Begründung wie Hoeniger, daß ein Besitzmittlungsverhältnis mit Verfügungs- und Veräußerungsbefugnis nicht möglich wäre.

Für die Zulässigkeit Weißler, D.Not.-V.1911, S. 546; Düringer, LZ.1911, S.417; Salinger, S. 440f; Zeiler, D. Not.-V. 1912, S. 65; Dobriner, S. 35ff; Bonnet, S. 36ff.

[15]) LZ. 1911, S. 420.

beziehungen zwischen den Parteien klargelegt, und zum andern würde, worauf ebensoviel ankommt, den Parteien und jedem Dritten die Tragweite der Vereinbarung ohne weiteres bekannt sein, weil unter Miete, Leihe usw. ein allgemein feststehender Tatbestand verstanden wird. Es ist danach verständlich, wenn man sich bemüht hat, ob nicht auch dieses Besitzmittlungsverhältnis unter eine alte Rubrik eingeordnet werden könnte. So wählte man zu Unrecht Verwahrung[16]), Leihe[17]) und insbesondere das Kommissionsverhältnis[18]). Daß auch dies letztere nicht vorliegt, hat Hoeniger[19]) in seinen eingehenden Ausführungen über die Unhaltbarkeit der Kommissionsklausel auch gegenüber den neuen Einwendungen von Düringer und Weißler durchaus dargelegt: Bei allen drei Verträgen ist es unmöglich, daß der Verwahrer, Entleiher, Kommittent für eigenen Vorteil und Nachteil die Sache verkauft. Ebenso lassen sich auch die wichtigsten Gesetzesbestimmungen über Miete, Leihe, Kommission auf das Besitzmittlungsverhältnis nicht anwenden. Wir werden aber sehen, daß das Besitzmittlungsverhältnis mit allen drei Verträgen und ohne Zweifel besonders mit der Kommission viele gemeinschaftliche Züge hat.

Vor allem handelt es sich auch in unserem Falle um einen obligatorischen Vertrag. Denn im Sachenrecht ist dem Parteiwillen zu wenig Freiheit gelassen, als daß er dort ein Rechtsgebilde schaffen könnte, das dem Nießbrauch ähnlich wäre und dennoch zugleich dem Berechtigten ein Verfügungsrecht über die Substanz der Sache geben müßte. In der neuesten Literatur ist man[20]) bei der Suche nach einem benannten Rechtsverhältnis dazu gekommen, den Nießbrauch selbst, unter Mißachtung des Grundsatzes: salva rei substantia, als das geeignete Rechtsverhältnis zu bezeichnen, nämlich den hierzu erst passend gemachten sogenannten Dispositionsnießbrauch[21]). Dieser Dispositionsnießbrauch wird in verschiedener Weise konstruiert:

Dobriner stützt sich auf § 1048 BGB. Er meint, ebenso wie

[16]) So Salinger, S. 442, dagegen mit Recht OLG. Karlsruhe, bei Schäfer, S. 33.
[17]) So OLG Hamburg, bei Schäfer, S. 33.
[18]) Düringer, LZ. 417; Weißler, D. Not.-V. 1911, 546.
[19]) S. 72—92
[20]) Dobriner, S. 39 ff.; Zeiler, D. Not.-V. 1912, S. 86; Bonnet, S. 44 ff.
[21]) Der Name stammt von Kohler, Iherings Jahrb., Bd. 24, S. 187.

der Nießbraucher eines Grundstückes über die einzelnen Stücke des Grundstückinventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen könne, ebenso würde auch unser Schuldner als Nießbraucher der zur Sicherung übereigneten Waren die Rechtsmacht haben, über die einzelnen Stücke des Lagers zu verfügen, wenn der Nießbrauch so vereinbart sei. Die Analogie ist aber nicht richtig. Dem Warenlager entspricht nicht das Inventar, sondern das Grundstück selbst. Das Inventar ist nur Zubehör. Über das Grundstück kann der Nießbraucher nicht verfügen. § 1048 stößt also den obersten Grundsatz beim Nießbrauch, daß der Nießbraucher nicht über die Substanz verfügen kann, nicht um, sondern schwächt ihn nur, und zwar auch nur als Ausnahmebestimmung, geringfügig ab. Das Gegenteil wäre der Fall, wenn man dem Nießbraucher eines Warenlagers erlauben würde, über die Sachen zu verfügen[22]).

Zeiler und Bonnet suchen dasselbe Ziel mit Hilfe von § 1067 BGB zu erreichen. An den Waren sei als verbrauchbaren Sachen uneigentlicher Nießbrauch möglich. Bei diesem könne der Nießbraucher die Sachen veräußern. Folglich hätten die Parteien nur nötig, einen uneigentlichen Nießbrauch für den Schuldner zu bestellen. Eine Schwierigkeit tritt aber hierbei ein: Bei uneigentlichem Nießbrauch wird der Nießbraucher Eigentümer. In unserm Falle muß der Schuldner Fremdbesitzer bleiben, damit ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 vorliegt. Zeiler und Bonnet helfen hier, indem sie sagen, die Bestimmung, daß das Eigentum auf den Nießbraucher übergeht, sei nur dispositiver Natur. Den Parteien stände es frei, den Eigentumsübergang auszuschließen.

Auch hier ist wie im vorigen Falle das Wesen des Nießbrauches verkannt. Allerdings haben die Parteien bei verbrauchbaren Sachen die Wahl, ob sie eigentlichen oder uneigentlichen Nießbrauch bestellen wollen. Aber sie können sich keine dritte Art Nießbrauch als Gemisch aus beiden zusammen erschaffen. Entweder der Nießbraucher bekommt die Verfügungsbefugnis, dann muß er aber auch das Eigentum haben. Oder der Nießbraucher bekommt nicht das Eigentum, dann kann er auch nach dem Wesen des Nießbrauches über die Substanz der Sache nicht verfügen[23]).

[22]) So Hoeniger, S. 63; vgl. auch Bonnet, S. 44.

[23]) Vgl. Hoeniger, S. 62.

Der Nießbrauch ist also ebensowenig die Rubrik, in die das bei uns vorliegende Besitzmittlungsverhältnis eingeordnet werden kann, wie Miete, Leihe und Kommission. Ein benanntes gesetzlich normiertes Rechtsverhältnis läßt sich nicht finden. Die Rechtsbeziehungen, die zwischen den Parteien entstehen, müssen daher in den folgenden Ausführungen näher dargelegt werden. Jedenfalls sei zum Schluß nochmals darauf hingewiesen, daß es sich hier um einen obligatorischen Vertrag handelt, denn nur im Schuldrecht hat der Parteiwille die Freiheit, sich die ihm passende juristische Form zu schaffen.

§ 3. Die Rechte und Pflichten des Schuldners aus dem Besitzmittlungsverhältnisse.

Die wichtigsten Rechte des Schuldners sind: das Recht, die Waren zu besitzen; das Recht, über die Waren tatsächlich zu verfügen; das Recht, die Waren zu veräußern; das Recht, den Erlös der Waren zu behalten.

I. Das Recht, den Erlös der Waren zu behalten, ist das wichtigste Recht des Schuldners. Es sichert ihm alle Vorteile seiner Geschäftsführung. Diesem Recht steht die wichtigste Pflicht gegenüber, die ihm die Gefahrtragung aufbürdet: die Pflicht, das Warenlager stets auf derselben Höhe zu halten. Der Gläubiger als der Eigentümer der Waren hat auch das Bestimmungsrecht über das wirtschaftliche Surrogat dieser Waren, über den Kauferlös. Er verzichtet aber auf einen Teil des Erlöses, weil er dadurch zugleich die Gefahrtragung von sich abwälzt. Daß er nur einen Teil des Erlöses und auch diesen nur in Gestalt von neuen Waren erhält, ist kein Zeichen von Machtlosigkeit des Eigentümers, wie man behauptet hat. Der Teil, auf den verzichtet wird, ist der Preis, mit dem er sich eine weit größere Sicherheit erkauft, als er sie als reiner Eigentümer hätte. Wir finden denselben Gedanken bei dem noch heute besonders im Sortimentsbuchhandel üblichen contractus aestimatorius. Der Abnehmer hat hier für jedes ihm geschickte Buch einen Preis zu zahlen oder kann das Buch selbst wieder zurückschicken. Der Lieferant bleibt so lange Eigentümer, bis der

Abnehmer das Buch an einen Dritten veräußert oder den festgesetzten Preis zahlt. Wie dieser contractus aestimatorius auf die Sicherung des Lieferanten abgestellt ist, zeigt folgender Vergleich mit dem Kommissionsgeschäft und dem Warenverkauf: Der Lieferant kann dem Abnehmer die Ware in Kommission geben. Er hat dann große Sicherheit, weil er dingliche Ansprüche gegen den Kommissionär hat, und große Gewinnmöglichkeit, weil das Geschäft zugleich auf seine Rechnung geführt wird. Der Sicherheit steht aber die Gefahrtragung gegenüber (z. B. die Ware geht unter), der Gewinnmöglichkeit die Verlustmöglichkeit (z. B. die Ware wird unverkäuflich). Das Seitenstück zum Kommissionsgeschäft ist der Warenverkauf, das gewöhnliche Handelsgeschäft. Der Lieferant veräußert seine Ware an den Abnehmer. Er hat keine Sicherheit wie der Kommittent, weil er keine dinglichen Ansprüche hat; er hat aber auch regelmäßig vom Augenblick der Übergabe an keine Gefahrtragung mehr (z. B. wenn die Sache jetzt untergeht). Er zieht keinen Gewinn aus dem Geschäft des Abnehmers wie der Kommittent, er hat aber auch aus dem Geschäft des Abnehmers keinen Verlust (z. B. wenn die Ware beim Abnehmer unverkäuflich wird). Bei Kommission und Warenverkauf entspricht also die Gewinn- der Verlustmöglichkeit und die Sicherheit der Gefahrtragung. Ganz anders ist es beim contractus aestimatorius: Obwohl die Gewinnmöglichkeit aus den Geschäften des Abnehmers für den Lieferanten gleich Null ist, trägt er die Verlustmöglichkeit (wenn die Waren unverkäuflich werden, können sie zurückgesandt werden). Aber: er trägt durchaus keine Gefahr[1]) (gehen die Sachen zufällig bei dem Abnehmer unter, so erhält er den vollen Preis), trotzdem hat er volle Sicherheit, denn er behält die dinglichen Ansprüche. Es ergibt sich also: Die Kommission und der Warenverkauf entsprechen dem Willen des Fabrikanten, Gewinn zu haben (bei der Kommission gewinnt der Lieferant aus den Geschäften des Abnehmers, beim Warenverkauf aus der Veräußerung). Dem gegenüber entspricht der contractus aestimatorius vor allem dem Willen, Sicherheit zu

[1]) So ist es im allgemeinen beim contractus aestimatorius; anders allerdings beim Konditionsgeschäft im Buchhandel, wo der Sortimenter nur für Verschulden haftet. (Verkehrsordnung § 30.) Die schlechtere Stellung des Verlegers ist aber ausgeglichen durch die Versicherungsverpflichtung des Sortimenters. Vgl. Lehmann, S. 871.

haben. Daher steht er auch unserm Besitzmittlungsverhältnis sehr nahe. Dieses ist, kann man sagen, ein rein auf die Sicherheit abgestellter contractus aestimatorius. Denn beim contractus aestimatorius zieht der Lieferant aus dem Preise Gewinn, den der Abnehmer zahlen muß, wenn er die Sache selbst nicht zurückgibt. Bei unserm Besitzmittlungsverhältnis zahlt der Schuldner keinen Preis, sondern nur eine Sache. Durch diesen Vorgang wird der letzte Rest von Gewinnmöglichkeit getilgt, aber die Sicherheit bis zur größten Höhe gesteigert.

Der Schuldner hat auf diese Weise die Gefahrtragung. Er wird geschädigt, wenn eine Sache untergeht. Er muß die Sachen, wenn nötig, auf seine Kosten ausbessern lassen. Er zieht dafür allen Gewinn und erhält die Früchte der Waren. Demgegenüber hat der Gläubiger als Eigentümer volle Sicherheit. Er kann nur insofern geringfügig geschädigt werden, als der Wert der Waren sinkt. Er kann, da der Schuldner das Warenlager immer auf derselben Höhe halten muß, schließlich auch leicht konstatieren, ob seine Stellung durch zu große Veräußerungen des Schuldners gefährdet wird.

Wie der Schuldner die neuen Waren dem Gläubiger übereignet, werden wir in dem nächsten Paragraphen sehen, wo von den Ersatzstücken die Rede ist. Dem Schuldner wird nicht immer möglich sein, seiner Verpflichtung nachzukommen. Dann treten die später zu besprechenden Folgen der Nichterfüllung ein. Insbesondere kann der Schuldner dann dem Gläubiger die neuen Waren nicht übereignen, wenn er selber nicht Eigentümer wird. Dieses tritt ein, wenn sein Lieferant sich das Eigentum an den Waren vorbehält.

Im allgemeinen ist der Lieferantenkredit Personalkredit. In vielen Geschäftszweigen ist aber heute der Lieferant bei der allgemeinen Suche der Kreditgeber nach Realkredit nicht mehr mit einer persönlichen Forderung zufrieden, sondern behält sich das Eigentum an den von ihm gelieferten Waren bis zur Zahlung des Kaufpreises vor. Auf den Eigentumserwerb hat dieser Vorbehalt je nach Vereinbarung einen verschiedenen Einfluß. Entweder unterbleibt zunächst jede dingliche Wirkung, der Lieferant bleibt voller Eigentümer, oder der Abnehmer wird Eigentümer unter der auflösenden Bedingung, daß er den Kaufpreis rechtzeitig bezahlt; drittens kann schließlich das Eigentum auch aufschiebend bedingt

übertragen werden. Das letztere wird man im Eigentumsvorbehalt wegen § 455 BGB gewöhnlich zu sehen haben. Bei aufschiebender Bedingung wird der Schuldner voller Eigentümer, wenn er den Kaufpreis rechtzeitig bezahlt. Er wird aber nicht Eigentümer, wenn er den Kaufpreis nicht bezahlt und der Lieferant wegen nicht rechtzeitiger Zahlung zurücktritt. Behält sich der Lieferant in dieser Weise das Eigentum vor, so ist die Rechtslage zwischen Gläubiger und Schuldner einfach. Für den Gläubiger kommt Erwerb im guten Glauben wegen § 933 BGB nicht in Betracht. Überträgt der Schuldner daher an ihn das Eigentum, so wird er nur aufschiebend bedingter Eigentümer. Es hängt nun alles davon ab, ob der Schuldner oder er für den Schuldner den Kaufpreis rechtzeitig bezahlt. Zahlt der Schuldner nicht rechtzeitig, so hat er seine Verpflichtung, das Warenlager auf der gleichen Höhe zu halten, nicht erfüllt.

In den Verträgen über Sicherungsübereignung von Warenlagern wird häufig bestimmt, daß ein Teil des Erlöses an den Gläubiger, abgesehen von der Verpflichtung, das Warenlager auf der gleichen Höhe zu halten, in bar zu zahlen ist. So lesen wir in dem Vertrage in Weißlers Formularbuch[2]):

> § 5. Am 1. jeden Monats ist der Bruttoerlös mit 60% an den Gläubiger abzuführen.

Oder aber der Schuldner kann seine Verpflichtung, das Warenlager auf derselben Höhe zu halten, dadurch ablösen, daß er an Stelle der Ersatzstücke den Wert an den Gläubiger zahlt. So heißt es in dem Vertrage des Barmer Bankvereins[3]):

> § 4. Herr K. ist berechtigt, statt den Erlös verkaufter Waren an den Barmer Bankverein abzuführen, in Höhe desselben Ersatzwaren anzuschaffen.

Diese Bestimmung ist in den Verträgen in engster Verbindung mit dem Besitzmittlungsverhältnis gemacht, als wenn es eine Verpflichtung des Schuldners aus diesem Besitzmittlungsverhältnisse wäre. Das ist aber nicht der Fall. Wir erinnern uns jetzt wieder an unsere vier Personen A. bis D., wo die persönliche Forderung zwischen A. und C., das Besitzmittlungsverhältnis zwischen B. und

[2]) S. 122.

[3]) Abgedruckt bei Hoeniger, S. 68.

D. besteht. Diesen baren Erlös müßte der persönliche Schuldner A. an den Gläubiger C. abführen, denn der Barerlös ist nichts weiter als Zinsen oder Rückzahlungsquote der Forderung. Rückzahlungsquote ist der Barerlös besonders in dem Falle des Barmer Bankvereins. Wenn hier der Herr K. so viel gezahlt hat, wie die durch die Übereignung der Waren gesicherte Forderung beträgt, so besteht diese eben nicht mehr, das ist der Sinn der Vereinbarung. Scheinbar wäre es nun möglich, daß B., trotzdem er nicht persönlicher Schuldner ist, als Sicherungsübereigner die Verpflichtung übernehmen kann, anstatt des A. die Zinsen oder die Rückzahlungsquoten zu schulden. Die Unmöglichkeit einer solchen Vereinbarung ergibt sich aber daraus, daß B. verpflichtet wäre, kraft des Besitzmittlungsverhältnisses nicht an C., sondern an D. das Geld zu zahlen. Auf diese Weise käme D. zu einer Geldsumme, die ihm nicht gebührt, und die Forderung des C. ginge allmählich unter, ohne daß C. Geld erhielte. Das kann aber nicht sein, denn die Forderung und das Eigentum stehen unabhängig voneinander.

Die Formulierung des § 4 des Barmer Bankvereins müßte, wenn Schuldner (A.) und Sicherungsübereigner (B.) verschiedene Personen sind, folgendermaßen lauten: B. ist kraft des Besitzmittlungsverhältnisses verpflichtet, das Warenlager auf der gleichen Höhe zu halten. A. ist berechtigt, so viel er will, jederzeit an C. zurückzuzahlen. Kraft der Sicherungsabrede ist demgegenüber der C. dem B. verpflichtet, in dem Maße, als sich seine Forderung gegen A. verringert, die zur Sicherung übereigneten Waren an B. zurückzuübereignen. Weil er diese Waren ungetreuerweise an D. veräußert hat, befindet er sich in verschuldeter Unmöglichkeit. Ist die gesicherte Forderung des C. bei Fälligkeit völlig getilgt, so kann B. dem D. — aber nicht dem Konkursverwalter K. — die Einrede aus § 986 Abs. 2 entgegensetzen. Ist die Forderung nicht voll getilgt, muß B. die Waren an D. herausgeben. Für die Verluste, die B. dadurch erleidet, daß er die Waren an D. oder dessen Konkursmasse herausgeben muß, weil ihnen gegenüber die Verabredungen der Sicherungsabrede nicht durchdringen, haftet C.

Eine Bestimmung wie die besprochene wird fälschlicherweise deshalb mit dem Besitzmittlungsverhältnis vermischt, weil man

sich an die Analogie des Pfandrechtes hält. Denn beim Pfandrecht ist es möglich, daß der Pfandgläubiger das Recht hat, die Früchte der verpfändeten Sache zu behalten, und zwar als Zinsen für das Darlehn. Beim Pfandrecht ist dies möglich, weil Pfandgläubiger und Forderungsgläubiger immer dieselbe Person sein müssen.

Diese Bestimmung, daß ein Teil des Erlöses in bar an den Gläubiger abzuführen ist, ist von Weißler[4]) dazu benutzt worden, um die Kommissionsnatur unseres Besitzmittlungsverhältnisses zu begründen. Er sagt: die 60%, die der Schuldner vom Bruttoerlös an den Gläubiger abführen müsse, zeigen eben, daß der Schuldner wenigstens teilweise für Rechnung des Kreditgebers und nicht für eigene Rechnung das Geschäft führe. Und weil er für fremde Rechnung die Waren veräußere, sei er eben Kommissionär. Dabei gibt Weißler an derselben Stelle aber selbst zu, daß diese 60% nur Rückzahlungsquote sind, also, wie wir gesehen haben, gar nicht in das Besitzmittlungsverhältnis gehören[5])!

Unrichtig ist daher auch das folgende Urteil des OLG. Rostock vom 6. Juli 1910[6]).

> Ein Hotelweinlager war zur Sicherung übereignet worden mit der Befugnis des Veräußerers, im ordentlichen Hotelbetrieb im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu veräußern, und der Verpflichtung des Veräußerers, das Lager auf gleicher Höhe und in gutem Zustande zu erhalten. Die Sicherungsübereignung wurde für nichtig erklärt. Entscheidend war für das Gericht, daß der Schuldner nicht verpflichtet war, einen Teil des Erlöses direkt an den Gläubiger abzuführen. Dies vertrage sich nicht mit der Erklärung, für den Gläubiger zu besitzen!!

II. Neben dem Rechte des Schuldners, den Erlös der Waren für sich zu behalten, steht als ebenso wichtiges Recht die Befugnis, die Waren zu veräußern. An und für sich ist der Schuldner als Nichteigentümer der Sachen ein Nichtberechtigter, und ein solcher kann eine wirksame Verfügung nur treffen, wenn diese Verfügung mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt (§ 185 BGB). Das

[4]) S. 549.
[5]) Vgl. Hoeniger, S. 82; Lehmann, S. 825; Bem. 1.
[6]) Abgedruckt bei Weißler, S. 550.

Besitzmittlungsverhältnis enthält eine solche Einwilligung. Diese Einwilligung ist nach § 183 unwiderruflich, weil dies das Interesse des Schuldners erheischt. Die Unwiderruflichkeit dauert in unserm Falle so lange, wie das der Einwilligung zugrunde liegende Besitzmittlungsverhältnis besteht. Die Einwilligung ist eine Generaleinwilligung und gleicht auch in dieser Beziehung der Vollmacht, bei der es ebenfalls eine Generalvollmacht gibt, wie überhaupt Einwilligung und Vollmacht dasselbe Wesen haben. Die Einwilligung ist als Generaleinwilligung für einen ganzen Kreis von Geschäften erteilt; aber auch nur für einen ganz bestimmten Kreis von Geschäften, nämlich nur für diejenigen Geschäfte, die im regelmäßigen Geschäftsverkehr erfolgen. Den Begriff „regelmäßiger Geschäftsverkehr" darf man aber nicht zu eng fassen. Man wird ihn daher besser negativ definieren: regelmäßig ist nicht, was durchaus nicht gewöhnlich und durchaus nicht ordnungsmäßig ist. Alle Veräußerungen also, die durch ihre Größe nicht ganz aus dem Rahmen des Geschäftsbetriebes herausfallen, sind regelmäßig. Alle Geschäfte, bei denen die Ware für einen wenn auch noch so geringen Kauferlös fortgegeben wird, sind regelmäßig. Unregelmäßig ist zum Beispiel ein Geschäft, bei dem ein Detailkaufmann einen großen Teil seines ganzen Warenlagers veräußert. Unregelmäßig ist ein Geschäft, bei dem z. B. ein Schuhwarenhändler für ein paar gute Schuhe nur eine Mark nimmt, denn ein solches Geschäft ist überhaupt kein Kaufgeschäft, sondern eine Schenkung. Die auf Grund dieses Geschäftes erfolgte Veräußerung ist deshalb die Veräußerung eines Nichtberechtigten, denn zu dieser Veräußerung ist die Einwilligung nicht erteilt.

Im Gegensatz zu diesen Geschäften, die außerhalb des Kreises der Geschäfte liegen, für die die Generaleinwilligung erteilt ist, kommen häufig Geschäfte vor, die zwar im regelmäßigen Geschäftsverkehr erfolgen, Veräußerungen, für die daher die Einwilligung erteilt ist, die aber trotzdem von dem Schuldner nicht vorgenommen werden dürfen, weil er obligatorisch verpflichtet ist, sie nicht vorzunehmen. So lesen wir in § 4 des Vertrages des Barmer Bankvereins[7]):

Die Vertragschließenden bestimmen, daß Herr K. nicht

[7]) Hoeniger, S. 70.

berechtigt ist, die Kommissionswaren unter denjenigen Werten weiter zu veräußern, die in dem anliegenden Verzeichnis angegeben sind.

Hier wird dem Schuldner zur Pflicht gemacht, daß er zur größeren Sicherung des Gläubigers die Waren nicht verschleudert. Er darf sie nicht unter einem angegebenen Minimalpreise verkaufen. Verkauft er die Waren doch unter dem Minimalpreis, so erwirbt der Käufer nichtsdestoweniger Eigentum an der Ware, selbst wenn er wußte, daß der Schuldner zu einem so geringen Preise nicht verkaufen durfte. Denn die Ermächtigung zu dieser Veräußerung besteht, weil das Geschäft in den Kreis derjenigen Geschäfte fällt, die im regelmäßigen Geschäftsverkehr vorkommen. Der Gläubiger gibt sich hier mit einer rein obligatorischen Verpflichtung des Schuldners zufrieden, weil er in die Rechtsbeziehungen, die zwischen seinem Schuldner und dessen Kundschaft bestehen, keine Ungewißheiten und Unklarheiten bringen will. Das Geschäft des Schuldners würde darunter leiden, wenn jeder Käufer bei jedem Warenerwerb sich erst fragen müßte: Ist der Preis auch noch in der Minimalgrenze? Oder wenn jeder Käufer, der unter der Minimalgrenze gekauft hat, sich für den Eigentumserwerb nicht auf die Veräußerung allein stützen könnte, sondern erst auf seinen guten Glauben greifen müßte. Aus diesen Erwägungen begnügt sich der Gläubiger mit einer obligatorischen Verpflichtung und läßt, obwohl er dadurch weniger gesichert ist, die Ermächtigung bestehen. Denn wenn das Geschäft des Schuldners leidet, leidet auch seine Sicherheit. Man könnte sagen, daß dieselben Gründe, die hier für eine nur obligatorische Bindung des Schuldners sprechen, auch zutreffen müßten bei Geschäften, die nicht mehr im regelmäßigen Geschäftsbetriebe erfolgen. Daß also der Gläubiger seine Ermächtigung zu allen Veräußerungen erteilen und sich überhaupt stets mit einer nur obligatorischen Bindung zufrieden geben müßte. Das ist aber nicht richtig. Der Kreis der Geschäfte, die zum regelmäßigen Geschäftsbetriebe gehören, ist durch eine mit objektivem Maßstabe zu findende Grenze bestimmt, während die Festsetzung des Minimalpreises eine rein interne Angelegenheit ist. Man kann von dem Käufer nicht verlangen, daß er sich um diese internen Abmachungen kümmert, während man aber wohl von ihm fordern

darf, daß er diejenigen Geschäfte erkennt, die ganz außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebes liegen. Man kann, um bei dem obigen Beispiel zu bleiben, von dem Käufer des Paares Schuhe für eine Mark verlangen, daß er weiß, daß dies überhaupt kein Preis für ein Paar Schuhe ist. Wenn aber z. B. der Gläubiger seinen Schuldner verpflichtete, eine bestimmte Art Schuhe nicht unter zwölf Mark das Paar zu verkaufen, und er verschleudert sie trotzdem für zehn Mark, so ist dies für jeden Käufer ein Preis, mit dem er sehr wohl rechnen kann. Er erwirbt daher auf jeden Fall das Eigentum. Man könnte jetzt ferner fragen, wo denn eigentlich in diesem Beispiel die Grenze zwischen regelmäßigem und nicht regelmäßigem Verkauf liegt. Man könnte sagen: zehn Mark soll noch regelmäßig, eine Mark soll unregelmäßig sein. Wie ist es denn mit drei, fünf, neun Mark? Darauf ist zu antworten, daß die Scheidung von regelmäßig und unregelmäßig nicht deshalb unberechtigt ist, weil die Grenze im einzelnen Falle flüssig ist, wenn sie im Prinzip klar liegt.

III. Neben dem Recht, den Gewinn zu behalten, und dem Recht, die Waren zu veräußern, steht dem Schuldner eine tatsächliche Verfügungsbefugnis über die Stücke des Warenlagers zu. Eine rechtsgeschäftliche Verfügungsbefugnis hat der Schuldner abgesehen von dem Rechte, die Waren zu veräußern, nicht. Insbesondere hat er also keine Einwilligung, die Sachen zu verpfänden. Die tatsächliche Verfügungsbefugnis ist ähnlich der Veräußerungsbefugnis auf einen bestimmten Kreis von Verfügungen beschränkt. Der Schuldner darf nur solche Verfügungen vornehmen, die die Waren nicht aus dem Bereich des Geschäftslokales herausbringen, abgesehen von den kleinen regelmäßigen Aussendungen. Außer dieser negativ ausgedrückten räumlichen Begrenzung der Verfügungsbefugnis ist der Schuldner positiv dazu verpflichtet, die Waren in gutem Zustande zu halten. Dieser Verwahrungspflicht gemäß hat der Schuldner für alle Schäden einzustehen, die aus mangelnder Beaufsichtigung entstehen. Insofern ist die Verwahrungspflicht allerdings nicht wichtig. Denn diese eben erwähnte Folge ergibt sich schon aus der Pflicht, das Lager stets auf gleicher Höhe zu halten. Hiernach hat er sogar für zufälligen Untergang einzustehen. Die Verwahrungspflicht dient vielmehr besonders der Sicherheit des

Gläubigers: Kraft der Pflicht, das Lager stets auf gleicher Höhe zu halten, befindet sich der Schuldner erst im Zustand der Nichterfüllung, wenn er im regelmäßigen Geschäftsbetriebe die Waren nicht ersetzt oder die Schäden nicht verbessert. Kraft der Verwahrungspflicht befindet sich der Schuldner schon dann im Zustande der Nichterfüllung, wenn er die Waren ungenügend beaufsichtigt. Schon in diesem Augenblicke treten daher die Folgen der Nichterfüllung ein, auch wenn überhaupt noch kein Schaden entstanden ist. Zu der Verwahrungspflicht gehört es insbesondere, daß der Schuldner dem Gläubiger Nachricht zu geben hat, wenn sich die Ware selbst oder das Eigentumsrecht an der Ware zu verschlechtern droht. Der Gläubiger muß daher Nachricht haben, wenn die Ware unverkäuflich wird. Denn dieses ist, wie wir gesehen haben, insbesondere sein eigener Schaden, weil er der Eigentümer ist. Der Gläubiger muß ferner Nachricht haben, wenn von Gläubigern des Schuldners die Sachen des Warenlagers gepfändet werden. So auch der Vertrag des Barmer Bankvereins, § 5[8]):

> Von jeder etwaigen Pfändung des Warenlagers von dritter Seite hat Herr K. dem Barmer Bankverein sofort Nachricht zu geben. Für Nachteile, welche aus einer verzögerten Benachrichtigung erfolgen, hat Herr K. dem Barmer Bankverein gegenüber aufzukommen.

Überhaupt muß der Schuldner den Gläubiger über die Schicksale des Warenlagers auf dem laufenden halten, damit der Gläubiger auch stets seine Maßnahmen wie in dem eben erwähnten Falle die Interventionsklage treffen kann.

Gewöhnlich wird dem Schuldner neben der Verwahrungspflicht auch die Versicherungspflicht auferlegt. Eine eingehende Bestimmung finden wir hierüber im § 4 des Formulars in Weißlers Formularbuch[9]):

> Schuldner hat das Lager auf eigene Kosten gegen Feuersgefahr zu versichern mit der Bedingung, daß die Versicherungssumme nur mit Zustimmung des Gläubigers gezahlt werden darf. Versicherungsschein und Beitragsquittungen hat er pünktlich einzulösen und dem Gläubiger zu übersenden.

[8]) Hoeniger, S. 71.
[9]) Hoeniger, S. 68.

Bei der Sicherungsübereignung kann das Lager entweder schon versichert sein oder erst versichert werden. Die Versicherung kann so geschehen, daß entweder der Gläubiger die Sache versichert, oder daß der Schuldner für Rechnung des Gläubigers die Versicherung nimmt. Von dieser letzten Art der Versicherung ist in dem Vertrage die Rede. Versichert der Gläubiger die Sachen, so haftet er der Versicherungsgesellschaft für die Prämien. Er wird zwar im Vertrage abmachen, daß im Innenverhältnis der Schuldner für die Prämienzahlung einzustehen hat, jedenfalls haftet er aber nach außen. Diese Haftung kann ihm verhängnisvoll werden, wenn nach der KO. oder dem Anf.-Ges. der Übereignungsvertrag mit Erfolg angefochten wird. Denn dann ist er verpflichtet, die zur Sicherung übereigneten Sachen herauszugeben, muß aber trotzdem die während der Dauer seines Eigentums fällig gewordenen Prämien zahlen[10]). Besser steht er sich daher, wenn er wie in dem oben angeführten Vertrage nicht selbst, sondern der Schuldner für seine Rechnung die Versicherung nimmt gemäß §§ 74—80 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908. Zwar kann dann nach § 76 der Schuldner über die Rechte, die dem Versicherten aus dem Vertrage zustehen, im eigenen Namen verfügen. Die Stellung des Versicherten bessert sich aber, wenn er, wie dies der Vertrag vorsieht, im Besitze eines Versicherungsscheines ist, den der Versicherungsnehmer verlangen und ihm übergeben muß. Dann kann er über seine Rechte verfügen (§ 75 Abs. 2), und der Versicherungsnehmer ist ohne Zustimmung des Versicherten zur Annahme der Zahlung sowie zur Übertragung der Rechte des Versicherten nicht befugt (§ 76 Abs. 2)[11]). Schwierige Verhältnisse ergeben sich, wenn die Versicherung nicht erst nach der Übereignung abgeschlossen wurde, sondern wenn zur Zeit der Übereignung das Versicherungsverhältnis schon bestand. Nach § 69 tritt bei Veräußerung der Erwerber an Stelle des Veräußerers in die während der Dauer seines Eigentums aus dem Versicherungsverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten[12]). Es besteht also auch hier die schon vorhin erwähnte

---

[10]) Hoeniger, S. 117.

[11]) Hallbauer, im Recht 1909, S. 693.

[12]) Ebenso Hallbauer, S. 690; Schneider, S. 273; Hoeniger, S. 116. Das RG., Bd. 73, S. 141 sieht in der Sicherungsübereignung noch keine Veräußerung.

Gefahr für den Gläubiger, daß er, wenn mit Erfolg nach KO oder Anf.-Ges. angefochten wird, verpflichtet ist, sowohl die übereigneten Sachen herausgeben, als auch die während der Dauer seines Eigentums fällig gewordenen Prämien an die Versicherungsgesellschaft zahlen muß. Will er die Pflichten nicht übernehmen, so kann er nach § 70 Abs. 2 kündigen, und dann kann der Schuldner für Rechnung des Gläubigers die Versicherung nehmen und dem Gläubiger den Versicherungsschein geben, so daß der Gläubiger auf diese Weise geschützt ist, wie wir dies vorhin schon besprochen haben. Kündigt der Gläubiger als der Erwerber nicht, so muß nach § 71 der Versicherungsgesellschaft die Veräußerung bei Vermeidung schwerer Nachteile unverzüglich angezeigt werden. Dasselbe muß geschehen, wenn die Sache wieder zurückübereignet wird, denn auch diese Rückübereignung ist eine Veräußerung. In beiden Fällen hat auch die Versicherungsgesellschaft das Recht der Kündigung nach § 70 Abs. 1. Tritt der Versicherungsfall ein, so muß man unterscheiden, ob der Schuldner noch ein Recht zum Besitze hat oder nicht, und ob, wenn er kein Recht zum Besitze mehr hat, die Forderung des Gläubigers bereits fällig ist oder nicht. Hat der Schuldner die gesicherte Forderung bereits bezahlt, und steht dem Herausgabeanspruch des Gläubigers eine peremtorische Einrede aus dem Rechte auf Rückübertragung kraft der Sicherungsabrede zu, so kann der Schuldner die Versicherungssumme ohne weiteres verlangen, wie er die untergegangenen Sachen verlangen konnte. War die gesicherte Forderung noch nicht bezahlt, hatte aber der Schuldner noch ein Besitzrecht kraft des Besitzmittlungsverhältnisses, so muß, wenn eine andere Einigung zwischen den Parteien nicht erzielt wird, die Versicherungssumme dazu benutzt werden, ein anderes Warenlager anzuschaffen. Die Waren müssen überhaupt immer wieder instand gesetzt werden, wenn die Versicherungssumme nicht für den Untergang, sondern nur für eine Verschlechterung gezahlt wurde, es sei denn, daß die Waren so verschlechtert sind, daß sich eine Aufbesserung nicht mehr lohnt. Bestand zur Zeit des Versicherungsfalles das Besitzrecht des Schuldners nicht mehr, war aber auch die gesicherte Forderung des Gläubigers noch nicht fällig, so ist bei unverzinslicher Forderung diese zu tilgen und der Überschuß an den Schuldner herauszugeben. Bei verzinslicher Forderung muß

man dem Gläubiger die Wahl geben, ob er seine Forderung gleich, aber unter Abzug des Interusuriums, bezahlt haben will, oder ob die Versicherungssumme bis zur Fälligkeit der Forderung verzinslich angelegt werden soll. Dieses wird, wenn die Parteien sich nicht einigen, immer die letzte und beste Lösung sein[13]).

Die letzte Pflicht, die der Schuldner als Schranke seiner Verfügungsbefugnis übernimmt, besteht darin, daß er dem Gläubiger Rechenschaft ablegen muß. Er muß also eine geordnete Buchführung haben und von Zeit zu Zeit eine Bilanz aufstellen[14]). Der Gläubiger kann verlangen, daß ihm außer Bilanz und Büchern auch noch andere Belege vorgelegt werden, so Fakturen und Kassenzettel. Der Gläubiger muß aus der Rechenschaftsablegung sehen können, ob das Warenlager auch in der erforderlichen Größe vorhanden ist und ob der Schuldner seine sonstigen Verpflichtungen, z. B. daß er die Waren nicht unter dem Minimalpreise verkauft, nachgekommen ist.

IV. Neben der Verfügungsbefugnis steht dem Schuldner das Recht zu, die Waren zu besitzen. Dies Recht zum Besitze ist das Recht, durch das alle anderen Rechte erst möglich werden in der Weise, wie sie bestehen. Es ergibt sich noch nicht aus diesen andern Rechten. Jemand kann ein Verfügungs- und Veräußerungsrecht haben, ohne daß er alleiniger unmittelbarer Besitzer ist, aber dieses Verfügungs- und Veräußerungsrecht bekommt sogleich einen ganz anderen Halt, wenn mit ihm das alleinige unmittelbare Besitzrecht verbunden ist, das gegenüber dem Gläubiger ein Ausschließungsrecht ist. Weil der Schuldner den alleinigen unmittelbaren Besitz hat, ist dem Gläubiger eine direkte Einwirkung auf die dem Besitz unterliegende Sache versagt. Er darf nicht über die

[13]) So Hallbauer, S. 695, Anm. 4. War das Eigentum an den Waren an den Zessionar D. abgetreten, so steht dieser sehr günstig. Er kann, wenn der Schuldner kein Besitzrecht aus dem Besitzmittlungsverhältnis mehr hat, kraft seines Eigentums die Versicherungssumme immer behalten, selbst wenn der Schuldner schon ein dauerndes Besitzrecht aus der Sicherungsabrede wegen Erlöschen der gesicherten Forderung an den Waren hatte. Eine analoge Bestimmung wie § 986, Abs. 2 BGB gibt es bezüglich der Versicherungssumme nicht. Die peremtorische Einrede aus § 986, Abs. 2 BGB erlischt, wenn die Sachen untergehen.

[14]) Gegenüber dritten Gläubigern des Schuldners muß es genügen, wenn aus der Buchführung und Bilanz hervorgeht, daß die Waren zur Sicherung einem andern übereignet sind. Hierzu genügt ein einfacher Vermerk. Anders Hoeniger, S. 118—123, der hier große Schwierigkeiten bei der Bilanzaufstellung gegeben sieht und meint, daß eine ordnungsmäßige Buchführung nicht möglich ist.

Waren verfügen und überhaupt nicht in den Geschäftsbetrieb des Schuldners hereinsprechen. Als mittelbarer Besitzer übt er vielmehr seinen Besitz nur indirekt, nur durch den unmittelbaren Besitzer aus. Dies ändert sich auch nicht, wenn der Schuldner die Verpflichtungen aus dem Besitzmittlungsverhältnis nicht erfüllt, wenn er über den Rahmen seines Besitzrechtes hinausgeht. Der Gläubiger kann z. B. nicht selbst die Waren an die richtige Stelle bringen lassen, wenn nach seiner Ansicht die Verwahrungspflicht verletzt ist. Er kann dem Schuldner nicht verbieten, unter der Minimalpreisgrenze zu verkaufen. Er muß vielmehr immer erst klagen auf Erfüllung der Verpflichtungen.

Doch wie alle Rechte des unmittelbaren Besitzers Schranken unterworfen sind, so ist auch dieses Besitzrecht selbst nicht unbeschränkt. Es gehört mit zum Wesen des mittelbaren Besitzes, daß er sich nicht in obligatorischen Ansprüchen erschöpft[15]). Dann wäre der mittelbare Besitz nur eine Fiktion. Der mittelbare Besitzer hat allerdings, wie wir sahen, keine Herrschaft über die Sachen mehr[16]), er kann nicht mehr auf die Sache direkt einwirken, da diese Einwirkungsmöglichkeit die Herrschaftsrechte des unmittelbaren Besitzers stören würde, aber er steht doch noch in einer tatsächlichen Beziehung zur Sache[17]). Die tatsächliche Beziehung ist es, die zwischen der Person des Eigentümers und der Sache direkt vermittelt. Diese tatsächliche Beziehung ist in unserm Falle ein Kontrollrecht des Gläubigers. Der Gläubiger hat das Recht, zu den regelmäßigen Geschäftsstunden das in seinem Eigentum stehende Warenlager zu kontrollieren. Er muß sich überzeugen können, ob der Schuldner seine Verpflichtungen auch insoweit erfüllt, daß seine Sicherheit nicht darunter leidet. Dieses Kontrollrecht ist also eine Ergänzung der Rechenschaftspflicht des Schuldners. Während der Gläubiger dort den Stand des Warenlagers aus den Büchern feststellt, tut er dasselbe hier durch Augenscheinseinnahme. Aus diesem Kontrollrecht ergibt sich insbesondere das Recht bei der vor der regelmäßigen Bilanz stattfindenden Inventaraufnahme zugegen zu sein.

---

[15]) Anderer Ansicht Wendt, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 87, S. 47.
[16]) Anderer Ansicht Leonhard, S. 70.
[17]) Planck, Bem. 5 zu § 868.

V. Wir haben jetzt ein vollständiges Bild des Besitzmittlungsverhältnisses vor uns. Wir sehen, daß die Parteien ihren Zweck erreicht haben. Der Schuldner ist nach wie vor Herr seines Ladens und seines Geschäftsbetriebes. Er hat den Besitz der Sachen, er hat die tatsächliche Verfügungsbefugnis, das Recht, die Waren zu veräußern, und das Recht, den Gewinn zu behalten. Er kauft und verkauft im eigenen Namen und im eigenen Interesse. Wenn er gut wirtschaftet, kommt dies ihm zugute, während ein schlechter Geschäftsverkehr ihm Schaden bringt. Er hat die Entscheidung über das ganze Geschäft, wie er sie vor der Sicherungsübereignung gehabt hat. Er ist also nach wie vor ein Eigenkaufmann[18]) und kein Kommissionär. Heißt seine Firma „August Müller, Kolonialwarenhandlung", so ist dieses nach wie vor richtig. Denn die Kolonialwarenhandlung hat auch jetzt noch August Müller, wenn auch das Warenlager einem anderen gehört. Die Firmierung und Bezeichnung des Geschäftes in der Öffentlichkeit ist daher nach wie vor richtig[19]).

Trotz alledem ist nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger der Herr des Warenlagers. Der Schuldner ist dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Warenlager stets auf der gleichen Höhe zu halten. Er darf nur im regelmäßigen Geschäftsbetriebe Waren veräußern und, wenn dies vereinbart, auch nur innerhalb einer bestimmten Minimalgrenze. Er hat kein anderes rechtsgeschäftliches Verfügungsrecht. Er muß die Sachen wie ein ordentlicher Kaufmann verwahren. Er muß den Gläubiger über die Schicksale des Warenlagers auf dem laufenden halten. Er muß, wenn vereinbart, das Warenlager versichern. Er muß dem Gläubiger Rechenschaft ablegen und seine fortwährende Kontrolle dulden.

Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtungen nicht, so hat der Gläubiger mehrere Rechte. Er kann zunächst auf Erfüllung klagen, er kann ferner bei Verzug des Schuldners Schadenersatz verlangen. Beide Rechte nützen ihm aber gegenüber einem insolventen Schuldner nichts. Durch diese Rechte allein kommt der Sicherungszweck noch nicht genügend zur Geltung. Dieser Zweck verlangt vielmehr, daß in dem Augenblicke, wo die Sicherheit des Gläubigers gefährdet

[18]) Das Wort gebraucht Hoeniger, S. 123, im Gegensatz zu Kommissionär.
[19]) Anders Hoeniger, S. 123—125.

wird, das Besitzrecht des Schuldners zum Erlöschen gebracht werden kann. Der Gläubiger hat deshalb ein fristloses Kündigungsrecht für sofort. Bei jeder Nichterfüllung von Pflichten, wenn diese so groß ist, daß die Sicherheit des Gläubigers dadurch gefährdet wird, hat der Gläubiger ein Recht, das Besitzmittlungsverhältnis ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen und daraufhin sofort die Herausgabe des Warenlagers zu verlangen. Dieses Kündigungsrecht ist immer vorhanden, wenn die Sicherheit gefährdet wird, also auch dann, wenn der Schuldner seine Verpflichtungen ohne sein Verschulden nicht erfüllt. Dieses fristlose Kündigungsrecht für sofort zusammen mit dem Herausgabeanspruch macht den Gläubiger zum wirklichen Herrn des Warenlagers.

Das Besitzmittlungsverhältnis mit seinen zahlreichen Rechten und Pflichten ist in den Verträgen des praktischen Lebens häufig nicht mit der wünschenswerten Ausführlichkeit fixiert. Ist ein Vertrag zu beurteilen, der nicht vollständig ausgeführt ist, so wird man feststellen müssen, ob sich aus den Abmachungen der Parteien ein Bild von dem Charakter des Vertrages machen läßt. Dies ist immer möglich, wenn neben den speziellen Ausführungen über die Sicherungsübereignung das Besitzmittlungsverhältnis als Leihe, Miete, Verwahrung, Kommission oder kommissionsähnliches Verhältnis bezeichnet ist; denn hier stehen immer die wichtigsten Punkte des Besitzmittlungsverhältnisses fest, wenn, wie dies zu geschehen pflegt, das Veräußerungsrecht des unmittelbaren Besitzers besonders angegeben ist. Ergibt die Auslegung des Vertrages, daß die Hauptpunkte des Besitzmittlungsverhältnisses, wenn auch unter falscher Bezeichnung, vorliegen, so sind die übrigen Bestimmungen aus dem Zwecke des Vertrages heraus zu ergänzen.

§ 4. Die Ersatzstücke.

Wir sind bis jetzt noch an einer Frage vorübergegangen, die sich bei Besprechung des Besitzmittlungsverhältnisses erhoben hat, bei der Frage, wie die Ersatzstücke in das Eigentum des Gläubigers treten. Der Zweck der Parteien ist nur halb erreicht, wenn nur die gerade im Augenblicke der Sicherungsübereignung im Laden vorhandenen Waren dem Gläubiger gehören. Die Parteien wollen

vielmehr, daß auch sämtliche später angeschafften Ersatzstücke in das Eigentum des Gläubigers treten, so daß immer das ganze Warenlager zur Sicherung der Forderung dient. Diese Eigentumsübertragung der Ersatzstücke ist ja der wichtigste Teil der Pflicht, das Warenlager stets auf der gleichen Höhe zu halten.

Die Waren werden dadurch übergeben, daß dasselbe Besitzmittlungsverhältnis vereinbart wird, das bei den anderen Waren schon besteht. Der Übereignungsakt geht am natürlichsten — so wie im allgemeinen — dadurch vor sich, daß Gläubiger und Schuldner bei jeder neuen Lieferung das Verhältnis nach § 868 vereinbaren, indem beide darüber einig sind, daß das Eigentum von nun an dem Gläubiger zustehen soll. In der Literatur[1]) ist man frühzeitig dazu gekommen, diese natürliche Art der Übereignung durch andere, weniger natürliche zu ersetzen. Man glaubte zu Unrecht, daß es sich praktisch nicht durchführen lassen würde, daß Gläubiger und Schuldner bei jedem einzelnen Stück Ware die dingliche Einigung und die Vereinbarung des Mittlungsverhältnisses vornähmen. Man suchte deshalb nach Wegen, die die Teilnahme des Gläubigers beim Übereignungsakte unnötig machen sollten.

Dabei ist die natürliche Eigentumsübertragung der Ersatzstücke praktisch durchaus nicht so schwierig, wie man im allgemeinen denkt. Die dingliche und obligatorische Einigung würde sich sehr gut in der Weise vollziehen, daß der Schuldner dem Gläubiger ein Verzeichnis der neuen Waren, z. B. die Abschrift der Faktura, übersendet. Mit dieser Übersendung macht er die Offerte der Übereignung und des Mittlungsverhältnisses. Er verzichtet zugleich auf die Erklärung der Annahme ihm gegenüber. Dann braucht der Gläubiger dem Schuldner gegenüber nach § 151 BGB nicht zu akzeptieren; die Annahme kommt vielmehr schon dadurch zustande, daß er auf irgendeine Weise seinen Annahmewillen äußerlich kenntlich macht, z. B. dadurch, daß er die Abschrift der neuen Faktura zu den schon vorhandenen Fakturen legt[2]). Trotz dieser leichten Möglichkeit der Übereignung hat man, wie schon bemerkt, Wege zu finden gesucht, die die Teilnahme des Gläubigers am Übertragungsakte vollständig unnötig machen, und hat zwei Mittel

[1]) Z. B. Luetgebrune, in JW. 1910, S. 141.
[2]) Vgl. hierzu Hoeniger, S. 107.

zur Erreichung dieses Zweckes gefunden: das Kontrahieren mit sich selbst nach § 181 BGB und das sogenannte antizipierte constitutum possessorium, die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses nach § 868 BGB in bezug auf künftig erst anzuschaffende Sachen. Ein Beispiel für das Kontrahieren mit sich selbst finden wir in § 3 von Weißlers Formular[3]):

Schuldner verpflichtet sich, in gleicher Weise allen Zugang des Warenlagers dem Gläubiger zur Sicherung zu übereignen. Er ist ermächtigt, bei Abschluß des dazu notwendigen Vertrages den Gläubiger zu vertreten und zugleich in eigenem Namen aufzutreten. Der Vertrag kommt zustande durch einen auf die Faktura zu setzenden Vermerk folgenden Inhalts:

Diese Waren werden hiermit Herrn Gottlieb Oehmichen in Halle zur Sicherung wegen der im Vertrage vom 12. Juli 1912 verschriebenen Forderungen übereignet. Mit dem heutigen Tage geht das Eigentum auf ihn über, und werden die Stücke in meiner Hand Kommissionsgut.

Diese Erklärungen gebe ich ab im eigenen Namen und auf Grund der im Vertrage mir erteilten Vollmacht auch im Namen des Herrn Oehmichen.

Halle a. d. S., den . . . . . 19 . . .

Franz Kulicke.

Wir sehen, hier ist alles vorhanden, was zur Gültigkeit eines Kontrahierens nach § 181 BGB erforderlich ist. K. ist hier zur Vertretung mit sich selbst ermächtigt, und der Akt des Selbstkontrahierens tritt durch den Vermerk auf der Faktura äußerlich wahrnehmbar in Erscheinung. Der Zweck des ganzen Verfahrens ist offenbar der, den Gläubiger auszuscheiden, um die praktische Durchführung der Eigentumsübertragung der Ersatzstücke zu erleichtern. In Wirklichkeit findet eine Erleichterung nicht statt. Anstatt daß der Schuldner die Faktura abschreibt und dem Gläubiger hinschickt, setzt er hier einen Vermerk auf die Faktura. Der einzige Unterschied ist also der, daß in dem ersten Fall der Gläubiger weiß, ob der Schuldner seine Verpflichtungen erfüllt oder nicht, während er

[3]) Hoeniger, S. 68.

im Falle des Selbstkontrahierens dies nicht weiß. Dieser einzige Unterschied spricht nicht für das Verfahren durch Kontrahieren mit sich selbst[4]). Wenn hier aber die Art der Ausführung des Gedankens, mit Hilfe von § 181 einen vorteilhafteren Übereignungsakt für die Ersatzstücke zu gewinnen, auch mißglückt ist, so soll damit nicht diese Hilfe überhaupt mißbilligt sein. Fehlerhaft ist an diesem Beispiel nur die Art der Verdeutlichung des Kontrahierungsaktes, denn sie ist unpraktisch. Vielleicht läßt sich eine bessere Deutlichmachung finden? Dobriner[5]) hat (allerdings nur auf Grund seiner Konstruktion des Dispositionsnießbrauches) den Gedanken gehabt, die Einverleibung der Ersatzstücke in das Warenlager als den Akt anzusehen, wodurch der Schuldner das Selbstkontrahieren äußerlich zu erkennen gibt. Man wird den Gedanken Dobriners aufnehmen können, auch wenn man seine Begründung, daß Dispositionsnießbrauch vorliege, nicht für richtig hält. Der Gläubiger gibt dem Schuldner im Vertrage die Ermächtigung, ihn bei der Übereignung der Ersatzstücke zu vertreten. Jetzt erhält der Schuldner von seinem Lieferanten neue Waren. Er ist verpflichtet, diese neuen Waren in das Eigentum des Gläubigers zu bringen. Er hat Vollmacht, den Gläubiger zu vertreten. Bringt er jetzt die Ersatzstücke in den Laden, in dem das Warenlager sich befindet, so gibt er damit kund, daß er die neuen Waren von nun an nur ebenso besitzen wolle wie die übrigen Waren, die sich bereits im Laden befinden. Er gibt also zu erkennen, daß er von diesem Augenblick an die Waren nicht mehr als Eigenbesitzer, sondern als Fremdbesitzer besitzen will. Er erklärt daher dadurch, daß er die Waren in den Laden hereinbringt, daß er in diesem Augenblicke die Waren an den Gläubiger übereignet. Gerade hier kann man an das Beispiel des Einkaufskommissionärs erinnern, der ebenfalls Eigentum überträgt, wenn er die angeschafften Gegenstände als für den Kommittenten „in Verwahrung genommen manifestiert“[6]). Es ist hierdurch keineswegs ein automatischer Eigentumsübergang der Ersatzstücke geschaffen, der auch unmöglich wäre. Denn wenn der Schuldner in

---

[4]) Hoeniger, S. 107.

[5]) S. 63, er stützt sich auf Kohler, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 18, S. 84, Nr. 15.

[6]) Lehmann, Handelsrecht, zweite Auflage, S. 844 und RG., Bd. 52, Nr. 34.

dem Augenblicke, in dem er das Stück in den Laden bringt, äußerlich wahrnehmbar hervorhebt, daß er das Ersatzstück nicht als Fremdbesitzer, sondern auch weiterhin als Eigenbesitzer besitzen will (z. B. dadurch, daß er es abseits in ein besonderes Fach legt), so geht eben das Eigentum nicht über. Man muß aber auch verlangen, daß er diesen Willen für jeden Beteiligten, insbesondere für den Gläubiger, erkennbar erklärt. Sonst geht das Eigentum an dem Ersatzstück auf den Eigentümer auch dann über, wenn er insgeheim gar nicht beabsichtigt, das Eigentum zu übertragen. Stellt der Schuldner das Ersatzstück in den Laden, dann kann er es nachher nicht mehr aus dem Warenlager herausnehmen, um es außerhalb des Geschäftsbetriebes zu verwerten. Denn er ist vom Augenblicke der Einverleibung an nicht mehr Eigentümer[7]). Vorausgesetzt für den Eigentumsübergang ist aber immer, daß die einzelnen Stücke des Warenlagers unter sich und das neue Ersatzstück mit den andern Waren in einem solchen räumlichen Zusammenhang miteinander stehen, daß man das Ersatzstück als zum Warenlager gehörend ansehen muß. Wenn überhaupt kein geschlossenes Warenlager vorhanden ist, so ist auch die Einverleibung des Ersatzstückes nicht oder doch gewöhnlich nicht festzustellen.

Neben dem Kontrahieren mit sich selbst nach § 181 BGB hat die Praxis, insbesondere des Reichsgerichts, wie schon erwähnt, ein zweites Mittel gefunden, um den Eigentumsübergang der Ersatzstücke möglichst zu vereinfachen: das sogenannte antizipierte Konstitut. Ein Beispiel des antizipierten Konstitutes finden wir im Vertrage des Barmer Bankvereins[8]):

> Die Ersatzteile gehen stets mit der Besitzergreifung durch Herrn K. in das Eigentum des Barmer Bankvereins über, indem die Parteien darüber einig sind, daß die zum Eigentumserwerb erforderliche Besitzübertragung dadurch erfolgt, daß Herr K. die betreffenden Gegenstände als Bevollmächtigter

[7]) Dafür, daß der Schuldner das einmal einverleibte Ersatzstück nicht mehr aus dem Warenlager herausnehmen darf, kann man folgendes Beispiel anführen: A. soll dem B. eine Gans liefern. Am nächsten Tage erhält B. von A. eine Gans und eine Stunde später einen Brief, worin A. den B. beauftragt, die Gans an C. weiter zu liefern. A. weigert sich, die Gans herauszugeben. Mit Recht. Er hat vor einer Stunde gerechtfertigtes Eigentum erlangt.

[8]) Hoeniger, S. 70.

und im Auftrage des Barmer Bankvereins für diesen ankauft, erwirbt und in Empfang nimmt, und daß die Besitzübertragung durch die Vereinbarung ersetzt wird, daß Herr K. die neuen Gegenstände lediglich als Kommissionär in derselben Weise wie die heute vorhandenen gemäß der vorstehenden Abmachungen besitzen soll.

Das Wort Bevollmächtigter erweckt den Eindruck, als wenn der Schuldner K. im Namen des Barmer Bankvereins die Ersatzstücke anschaffen soll. Dies ist aber offenbar nicht gemeint. Der ganze Vertrag ist so gemacht, daß K. als Kommissionär aufgefaßt wird, und auch bei den Ersatzstücken soll K. nicht als direkter Bevollmächtigter, sondern als Einkaufskommissionär auftreten. Zwischen der Bank und Herrn K. besteht dabei die Vereinbarung, daß K. verpflichtet ist, der Bank das Eigentum an den in Zukunft erst noch von K. selbst zu erwerbenden Ersatzstücken in der Weise zu verschaffen, daß er, K., das Recht hat, diese Ersatzstücke in demselben Besitzmittlungsverhältnis zu besitzen wie die bereits übereigneten Sachen. Diese Vereinbarung soll die Wirkung haben, daß die Ersatzteile im Augenblicke der Besitzergreifung durch Herrn K. in das Eigentum des Barmer Bankvereins übergehen. Ist dem wirklich so?

Der Vertrag macht K. zum Kommissionär und bei der Anschaffung von Ersatzstücken zum Einkaufskommissionär. Wir wissen, daß Kommission bei unserm Besitzmittlungsverhältnis nicht gegeben ist. Die Frage nach der Gültigkeit des antizipierten Konstitutes bleibt aber dieselbe, mag Kommission oder ein anderes Besitzmittlungsverhältnis vorliegen. Denn zur Eigentumsübertragung genügt jedes Besitzmittlungsverhältnis. Das Reichsgericht hat sich für die Gültigkeit des antizipierten Konstitutes ausgesprochen, sowohl bei der Einkaufskommission[9]) als auch in unserm Falle. So heißt es in dem Urteil des 7. Senates vom 16. Februar 1912[10]):

> Auch im voraus kann rechtswirksam vereinbart werden, daß im Augenblicke des Besitzerwerbes an einer noch anzuschaffenden Sache der Erwerber den Besitz auf Grund eines in

[9]) RG. Bd. 30, S. 142 und Bd. 56, S. 53.

[10]) Hoeniger, S. 25; Warneyer, S. 236.

§ 868 BGB bestimmten Rechtsverhältnisses ausüben und dadurch das Eigentum an dem neuerworbenen Gegenstande an den Vertragsgegner übergehen soll.

Ist diese Ansicht des Reichsgerichts richtig? Zunächst ist auf die Formulierung des Reichsgerichts aufmerksam zu machen. Das RG sagt: Es wird vereinbart, daß im Augenblicke des Besitzerwerbes durch den Schuldner das Eigentum zugleich auf den Gläubiger übergehen soll.

Früher hat man[11]) gesagt: Nur wenn der Veräußerer im Besitze der Sache sei, könne auf Grund von § 930 BGB die Übergabe durch Konstitut ersetzt werden. Beim antizipierten Konstitut sei aber die Vereinbarung und Einigung getroffen, bevor der Veräußerer im Besitz der Sache sei. Folglich sei das antizipierte Konstitut unmöglich.

Die Schlußfolgerung ist falsch. Die Vereinbarung über das Konstitut ist allerdings schon vor dem Besitzerwerb des Schuldners vorhanden. Aber die Formulierung des RG. sagt ausdrücklich: Im Augenblicke des Besitzerwerbes durch den Schuldner erhält der Gläubiger das Eigentum. Der Gläubiger erhält also auch wirklich erst den mittelbaren Besitz, wenn der Schuldner schon den Besitz hat, nämlich grade in dem Augenblicke, wo der Schuldner den Besitz erhält[12]).

Ein weiterer Einwurf, der dem RG gemacht werden könnte, würde etwa lauten: Der mittelbare Besitz geht erst im Augenblicke des Besitzerwerbes durch den Schuldner auf den Gläubiger über. Aber die Vereinbarung, daß in diesem Augenblicke auch das Eigentum übergehen solle, also die dingliche Einigung, ist jedenfalls schon zu einem viel früheren Zeitpunkt getroffen. Es ist aber nicht möglich, daß die dingliche Einigung früher fällt als die Übertragung des mittelbaren Besitzes an den Gläubiger. Das Gesetz verlangt vielmehr, daß die Parteien in dem Augenblicke, in dem die Übergabe stattfindet bzw. der mittelbare Besitz entsteht, „einig sind, und nicht, daß sie sich früher einmal geeinigt haben".

Auch bei diesem Einwand würde das RG. wirksam folgendes entgegnen können: Das Einigsein ist ein Zustand. Wenn die

[11]) Leonhard, S 46.

[12]) Vgl. Dobriner, S. 51 und 52.

Parteien ein antizipiertes Konstitut vereinbart haben, so darf man annehmen, daß sie auch im Augenblicke des Besitzerwerbes noch einig sind, falls kein entgegenstehender Wille hervortritt[13]).

Während diese Einwände nicht stichhaltig sind, läßt sich die Lehre vom antizipierten Konstitut mit Hoeniger[14]) in anderer Weise widerlegen.

Der Schuldner soll in demselben Augenblick, in dem ihm das Eigentum übertragen wird, zugleich das Eigentum an den Gläubiger übertragen. „Ein Erwerb des Eigentums, der notwendig den gleichzeitig mit dem Erwerb sich vollziehenden Verlust desselben in sich schließt, ist in Wahrheit kein Eigentumserwerb." „Der im eigenen Namen Erwerbende scheidet als bloße Mittelsperson vollkommen aus." Es müßte also schon in der Weise konstruiert werden, daß das Eigentum der Sache von dem veräußernden Lieferanten direkt über den im eigenen Namen handelnden Schuldner hinweg auf den unsichtbaren Gläubiger überginge. Eine solche Konstruktion verstößt aber gegen § 164 Abs. 2.

Das antizipierte Konstitut ist also in dieser Weise unmöglich. Es ist unmöglich wegen der Bestimmung, daß das Eigentum an der Sache im Augenblick der Besitzergreifung durch den Schuldner auf den Gläubiger übergehen soll. Der Übereignungsakt vom Lieferanten an den Schuldner und derjenige vom Schuldner an den Gläubiger können nicht zusammenfallen. Nichts steht aber der Gültigkeit des Konstitutes entgegen, wenn wir zwischen die beiden Übereignungsakte eine Zeitspanne legen, wenn demnach vereinbart wird, daß das Eigentum von dem Schuldner auf den Gläubiger nicht schon im Augenblicke der Besitzergreifung durch den Schuldner, sondern erst im Augenblicke der Einverleibung in das Warenlager übergehen soll. Wir ändern daher die Formulierung des RG. in diesem einen Punkte und sagen: Es wird vereinbart, daß im Augenblicke der Einverleibung des vom Schuldner erst noch anzuschaffenden Ersatzstückes in das Warenlager der Schuldner den Besitz auf Grund des Besitzmittlungsverhältnisses nach § 868 ausüben, und

---

[13]) Vgl. Dobriner, S. 57.

[14]) Hoeniger, S. 112. Die von jetzt ab in Anführungsstriche gesetzten Stellen sind Ausführungen Hoenigers an diesem Orte.

dadurch das Eigentum an dem Ersatzstück auf den Gläubiger übertragen werden soll.

Demnach kommen wir beim antizipierten Konstitut zu demselben Endresultat wie bei dem Kontrahieren mit sich selbst nach § 181 BGB. Alle die Folgerungen, die wir dort gezogen haben, treffen auch hier zu. Auch hier geht das Eigentum nicht über, wenn der Schuldner bei der Einverleibung ausdrücklich einen gegenteiligen Willen manifestiert. Denn dann ist eben die zum Eigentumsübergang erforderliche Einigung der Parteien nicht mehr vorhanden. Auch hier geht das Eigentum aber über, wenn der Schuldner nicht ausdrücklich seinen gegenteiligen Willen erklärt, mag er auch insgeheim gar nicht die Eigentumsübertragung wollen. Der innere Wille, Eigentum zu übertragen, wird bei der Einverleibung hier genau so oft fehlen wie beim Kontrahieren mit sich selbst. Auf den inneren Willen kommt aber nichts an, entscheidend ist vielmehr nur die nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegende Erklärung. Dadurch, daß der Schuldner das Ersatzstück dem Warenlager einverleibt, erklärt er aber, wie wir bereits bei der Besprechung des Kontrahierens mit sich selbst gesehen haben, daß er von nun an das Ersatzstück nur noch als Fremdbesitzer besitzen wolle, genau so wie in dem oben erwähnten Beispiel[15]) der A. dadurch, daß er die schuldige Gans dem B. schickt, eine Offerte auf Eigentumsübertragung abgibt, obwohl er nur den Willen hat, dem B. die Gans zur Ausführung eines Auftrages zu schicken. Wenn im Vertrage also Kontrahieren mit sich selbst nach § 181 BGB oder das antizipierte Konstitut in der von uns festgestellten richtigen Weise vereinbart wird, so geht jedes Ersatzstück im Augenblicke der Einverleibung in das Eigentum des Gläubigers über. In beiden Fällen ist die Teilnahme des Gläubigers bei der Eigentumsübertragung unnötig geworden. Im Falle des § 181 BGB deshalb, weil der Schuldner Bevollmächtigter des Gläubigers ist; im Falle des Konstitutes deshalb, weil die Parteien eine generelle Einigung über die Übereignung sämtlicher Ersatzstücke schon im Vertrage treffen, und weil diese Einigung auch fernerhin fortbesteht, wenn ihr später durch äußeres Handeln entsprochen wird, es sei denn, daß ein entgegenstehender Wille mani-

[15]) S. 49.

festiert wird. Wir sahen, daß deshalb danach gestrebt wurde, die Teilnahme des Gläubigers bei der Übereignung der Ersatzstücke auszuschließen, weil dieser Übereignungsakt einfacher gestaltet werden sollte. Eine größere Einfachheit ist allerdings erreicht. Der Schuldner hat nicht nötig, dem Gläubiger ein Verzeichnis der neuen Waren zu übersenden, er braucht die Ersatzstücke nur einzuverleiben. Demgegenüber steht aber ein gewisser Nachteil, weil dem Gläubiger bei der bloßen Einverleibung die Kontrolle fehlt, die er hätte, wenn ihm regelmäßig ein Verzeichnis der neuen Waren geschickt würde.

Doch bei der Übereignung durch bloße Einverleibung wird ein anderer außerordentlich großer Vorteil erreicht. Es steht jedes Ersatzstück sofort im Eigentum des Gläubigers, wenn es in das Warenlager tritt. Gerade hierdurch wird ja der Parteizweck in vollstem Maße verwirklicht. Denn nach der Absicht der Parteien sollte das Warenlager dem Gläubiger zur Sicherung dienen. Und dies ist jetzt der Fall: Unter normalen Umständen wird der Gläubiger Eigentümer aller Stücke, die in das Warenlager treten, und hört auf, Eigentümer aller der Stücke zu sein, die aus dem Warenlager treten. Er erscheint demnach geradezu als Eigentümer des Warenlagers. Eben weil dies Ergebnis dem Parteiwillen so vollständig entspricht, muß man, wenn nicht ausdrücklich Kontrahieren mit sich selbst oder antizipiertes Konstitut vereinbart ist, eine *stillschweigende* Vereinbarung dahin annehmen, daß mit der Einverleibung Eigentum übergehen soll.

§ 5. Die Pflichten des Gläubigers aus der Sicherungsabrede.

Die Sicherungsabrede ist derjenige Teil des Vertrages, der das Gegengewicht zu der Eigentümerstellung des Gläubigers bildet. Er umfaßt daher die wichtigsten Pflichten des Gläubigers. Kraft der Sicherungsabrede ist der Gläubiger verpflichtet, während des Schwebezustandes die ihm übereigneten Sachen nur so weit zu benutzen, als es der Sicherungszweck erfordert, nach Beendigung des Schwebezustandes, die Sachen *entweder* herauszugeben *oder* zu verwerten und den Übererlös herauszugeben. Zur Erzwingung dieser Pflichten hat der Schuldner den obligatorischen Anspruch

aus der Sicherungsabrede, der die rei vindicatio des Gläubigers gegenübersteht und ebenso unbedingt ist wie diese. Dieser Anspruch ist ein Rückübereignungsanspruch, dem während des Schwebezustandes eine dilatorische Einrede des Gläubigers entgegensteht. Nach Beendigung des Schwebezustandes bleibt er ein Rückübereignungsanspruch, wenn der Schwebezustand in der dem Schuldner günstigen Weise beendigt wird, also z. B. wenn der Schuldner bei Fälligkeit die gesicherte Forderung bezahlt hat. Bezahlt der Schuldner nicht rechtzeitig, wird also der Schwebezustand in der für ihn ungünstigen Weise beendet, so verwandelt sich der Anspruch auf Herausgabe der Sache in einen Anspruch auf Verwertung der Sache und auf Herausgabe des Übererlöses.

Wenn wir uns jetzt das ganze Rechtsverhältnis der Sicherungsübereignung noch einmal vergegenwärtigen, so sehen wir, daß es trotz aller Kompliziertheit im Aufbau recht durchsichtig ist.

Es wird z. B. eine Übereignung zur Sicherung einer zukünftigen Forderung vorgenommen. Wir können auf Grund aller bisherigen Erörterungen klar folgende Stadien unterscheiden:

I. Stadium. Die Übereignung ist vorgenommen, die Forderung ist aber noch nicht entstanden. Der Gläubiger hat eine rei vindicatio gegen den Schuldner. Der Schuldner hat einen obligatorischen Rückübereignungsanspruch. Dieser Rückübereignungsanspruch gibt dem Schuldner eine Einrede gegen die rei vindicatio. Der Gläubiger hat gegen den obligatorischen Anspruch des Schuldners keine Einrede. Der Schuldner kann jeden Augenblick sagen: Gib mir meine Sache heraus, denn ich will von dir kein Darlehn nehmen.

II. Stadium. Die Forderung ist entstanden. Damit ist der Sicherungszweck da. Damit ist auch der früher geschilderte Schwebezustand entstanden und mit ihm das Besitzmittlungsverhältnis und die dilatorischen Einreden, die Kennzeichen des Schwebezustandes.

Der rei vindicatio des Gläubigers steht die dilatorische Einrede des Rechts zum Besitz aus dem Besitzmittlungsverhältnis entgegen. Dem obligatorischen Anspruch des Schuldners auf Rückübereignung steht die dilatorische Einrede des Gläubigers entgegen, die lautet: Kraft der Sicherungsabrede habe ich bis auf weiteres gerechtfertigtes Eigentum.

III. Stadium. Der Schwebezustand ist aus. Mit ihm sind zugleich das Besitzmittlungsverhältnis und die dilatorischen Einreden verschwunden. Das Rechtsverhältnis der Sicherungsübereignung ist nach der einen oder der anderen Richtung entschieden.

1. Möglichkeit. Der Schuldner hat rechtzeitig bezahlt. Dann steht der rei vindicatio des Gläubigers eine peremtorische Einrede aus dem Rückübereignungsanspruch des Schuldners entgegen, während der Schuldner die Rückübereignung von jetzt ab einredefrei verlangen kann.

2. Möglichkeit. Der Schuldner hat nicht rechtzeitig bezahlt. Dann wird die rei vindicatio einredefrei, und der Rückübereignungsanspruch des Schuldners verwandelt sich in demselben Augenblicke in einen Anspruch auf Verwertung der Sache und auf Herausgabe des Übererlöses.

Dieses sind die drei Stadien. Verwertung durch den Gläubiger tritt ein, wenn bei Kündigung wegen Pflichtverletzung oder spätestens bei Fälligkeit der Forderung die gesicherte Forderung dem Gläubiger noch einen vollgültigen Anspruch gibt. Rückübereignung an den Schuldner tritt ein, wenn die gesicherte Forderung dem Gläubiger keinen vollgültigen Anspruch gibt oder die Forderung nicht existiert. In beiden Fällen ist der Sicherungszweck nicht mehr vorhanden.

Der Schuldner kann daher die Rückübereignung verlangen, wenn die Forderung bezahlt, aufgerechnet oder erlassen ist, oder wenn der Gläubiger die Forderung an einen Dritten abgetreten hat, ohne die Sachen mitzuübereignen, oder wenn der Schuldner nach § 275 BGB in unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung der gesicherten Forderung kommt, wenn die gesicherte Forderung anfechtbar war und angefochten wurde, wenn die gesicherte Forderung eine Spielforderung war.

Die rei vindicatio des Gläubigers wird nicht gehindert durch Verjährung. § 223 Abs. 2 BGB. Die rei vindicatio wird nicht dadurch gehindert, daß der Schuldner nicht im Verzuge ist.

Die gesicherte Forderung ist nicht fällig, solange sie gestundet ist. Durch die Stundung wird das Besitzmittlungsverhältnis ebenfalls zeitlich verlängert, auch dann, wenn im Augenblick der Stundung der Forderungsgläubiger nicht mehr Eigentümer der Waren

war, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung der rei vindicatio an D. bei Vornahme des Stundungsvertrages kannte. (§ 407 BGB.)

Solange der Anspruch des Schuldners auf Rückübereignung der Sache geht, darf der Gläubiger die zur Sicherung übereignete Sache an einen Dritten nicht weiter veräußern. Tut er dies doch, so macht er sich die Erfüllung seiner Verbindlichkeit schuldhafterweise unmöglich. Er haftet für vollen Schadenersatz wegen Nichterfüllung.

Neben der Pflicht des Gläubigers, die Sache an den Schuldner herauszugeben, steht seine Pflicht, die Sache zu verwerten. In Erscheinung tritt jedesmal höchstens eine von beiden Pflichten, denn der Gläubiger ist verpflichtet, entweder die Sachen herauszugeben oder sie zu verwerten. Man hat häufig von einem Recht zur Verwertung der Sache gesprochen. Von einem Recht zur Verwertung kann man insofern sprechen, als sich die Eigentümerstellung des Gläubigers verstärkt in dem Zeitpunkt, wo er dies „Recht" erhält. Vom Standpunkte der juristischen Konstruktion aus ist aber dieses Verwertungsrecht nur eine Pflicht. Denn der Gläubiger kann als Eigentümer der Sache an und für sich machen, was er will. Obligatorisch wird er dagegen verpflichtet, die Sachen im Interesse des Schuldners zu verwerten. Weil er das Interesse des Schuldners wahrnehmen muß, steht er ungefähr im Verhältnis eines Beauftragten[1]). Die Verwertungspflicht hat zu der Frage Anlaß gegeben, ob das Verbot der Lex commissoria in § 1229 BGB auch auf die Sicherungsübereignung anzuwenden ist. Die herrschende Meinung verneint dies mit Recht. Bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern ist diese Streitfrage nicht von Bedeutung, weil das Warenlager wohl immer verwertet wird. Wenn der Gläubiger einzelne Waren behalten will und dies auch schon vorher vereinbart wird, so hat er die Waren wirtschaftlich wie ein Käufer. Die Vereinbarung kann nach § 138 nichtig sein, wenn der Verkaufswert der Waren zu geringfügig berechnet war.

Da die einzelnen Waren zur Sicherung der ganzen Schuld übereignet sind, so hat der Gläubiger die Wahl, welche Waren er verwerten will. Wenn aber zur Deckung seiner Forderung nicht alle Waren verkauft zu werden brauchen, so darf er nur so viel verwerten, wie nötig ist. Dies liegt im Interesse des Schuldners. Den

[1]) Vgl. RG. Bd. 59, S. 191.

Mehrerlös hat er herauszugeben. Die Waren sichern die Forderung in ihrem jeweiligen Bestande. Analog § 1210 BGB haften sie insbesondere für Zinsen und Vertragsstrafen, für die Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung. Aus dem Erlöse kann sich der Gläubiger ferner natürlich auch für die Kosten der Verwertung schadlos halten. Die Waren haften auch für die Erweiterungen der gesicherten Forderung, z. B. die Schadenersatzforderung, die wegen Verzuges entsteht. Eine rechtsgeschäftliche Erweiterung, z. B. Erhöhung des Zinsfußes oder Erhöhung der Summe, ist einflußlos, wenn der persönliche Schuldner nicht identisch ist mit dem Sicherungsübereigner. Den Parteien ist es überlassen, die Haftung anders zu regeln. Besonders kann die Haftung auf eine ganz bestimmte feste Summe beschränkt werden.

Die Verwertung wird am besten dadurch erfolgen, daß das Warenlager im Geschäfte des Schuldners allmählich veräußert wird. Eine solche Verwertung kann aber nur erfolgen, wenn der Schuldner einverstanden ist. An und für sich hat der Gläubiger nicht das Recht dazu. Er kann den Schuldner nicht zwingen, ihm selbst oder seinem Bevollmächtigten das Geschäftslokal zu überlassen. Denn der Gläubiger ist nicht der Herr des Geschäftes des Schuldners, sondern nur der Eigentümer des Warenlagers. Genau so gut, wie der Gläubiger die Herausgabe der Sachen verlangen kann, darf der Schuldner fordern, daß sie aus seinem Geschäftsbereich entfernt werden[2]).

§ 6. Die Eigentümerstellung des Gläubigers.

Durch die Sicherungsübereignung erwirbt der Gläubiger Eigentum an den Waren. Die Folgen der Eigentümerstellung hat man gerade im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, im Innenverhältnis, abschwächen wollen. So gibt eine Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahre 1899[1]) dem Schuldner einen Aussonderungsanspruch im Konkurse des Gläubigers, „weil für die Einbeziehung in die Konkursmasse nicht das formale Eigentum

[2]) Wird die Verwertung vorgenommen, bevor die gesicherte Forderung fällig ist, so wird, wenn sich die Parteien nicht anders einigen, der Erlös bis zur Fälligkeit am besten in mündelsichern Papieren angelegt und dem Gläubiger daran ein Pfandrecht bestellt.

[1]) RG. Bd. 45, S. 80.

entscheidet, sondern die Tatsache, wem die Sache wirtschaftlich gehört". Eine solche Scheidung schafft ein ganz unmögliches Doppeleigentum. Darauf wird heute schon vielfach hingewiesen[2]). Man zieht daher die richtigen Folgen aus der Eigentümerstellung des Gläubigers und gibt dem Schuldner im Konkurse des Gläubigers keinen Aussonderungsanspruch nach § 43 KO. Denn der Schuldner hat nur einen rein obligatorischen Anspruch auf Rückübereignung[3]). Dagegen hat der Gläubiger im Konkurse des Schuldners ein solches Aussonderungsrecht. Der Schuldner hat, wenn er Konkurs macht, kein Recht zum Besitze der Waren mehr. Das Recht aus dem Besitzmittlungsverhältnis erlischt vielmehr, weil der Schuldner seine Pflichten aus dem Besitzmittlungsverhältnis von jetzt ab nicht mehr erfüllen kann. Mit dem Besitzmittlungsverhältnis erlischt die Ermächtigung, die Waren zu verkaufen und den Kauferlös zu behalten. Vom Reichsgericht wurde der § 64 KO für anwendbar erklärt, dem Gläubiger wurde kein Aussonderungs-, sondern nur ein Absonderungsrecht gegeben. Wiederum mit der Begründung, „weil die Sicherungsübereignung dem Pfandrecht nicht nur wirtschaftlich ähnlich, sondern auch rechtlich verwandt ist"[4]). Eine rechtliche Verwandtschaft ist aber nicht vorhanden, denn das Pfandrecht ist ein Vorzugsrecht, abhängig von der gesicherten Forderung; das Eigentum nicht. Weil der Gläubiger Eigentümer ist, ist er auch aussonderungsberechtigt[5]) und steht sich deswegen besser, als wenn er nur Pfandgläubiger wäre. Das ersieht man aus folgendem Beispiel: Nehmen wir an, daß das Warenlager 400 M. wert ist, der Gläubiger eine Forderung von 1000 M. hat und die Konkursdividende 25% beträgt. Als Pfandgläubiger erhält er dann nur $400 + (600 \times 25 : 100) = 550$, weil er nur wegen seines Ausfalls von 600 M. am Konkurse teilnimmt. Als Sicherungseigentümer erhält er $400 + (1000 \times 25 : 100) = 650$, weil er mit seiner ganzen Forderung am Konkurse teilnimmt und sich wegen des Restes erst an die übereigneten Sachen zu halten braucht.

[2]) Vgl. z. B. Salinger, S. 436; vgl. hierzu S. 24 der Arbeit.

[3]) Anders, wenn der Gläubiger Eigentümer unter der auflösenden Bedingung der Zahlung wurde. Hier kann der Schuldner noch während des Konkurses rechtzeitig zahlen und aussondern, da weder § 15 noch § 26 KO in Betracht kommt.

[4]) In Recht 1910, Nr. 158.

[5]) Ebenso Salinger, S. 437.

Nach derselben Reichsgerichtsentscheidung ist § 193 KO, wonach der Zwangsvergleich die Forderungen gegen Bürgen und die Rechte aus einem für die Forderung bestellten Pfandrecht oder einer hypothekarischen Sicherheit nicht berührt, bei der Sicherungsübereignung für nicht anwendbar erklärt. Mit welcher Begründung? Weil bei der Sicherungsübereignung die Sicherung aus dem Vermögen des Schuldners selbst, nicht aus dem eines Dritten bestellt wird. Das RG. geht also hier von der Anschauung aus, daß persönlicher Schuldner und Sicherungsübereigner dieselbe Person sein müssen. Dies ist aber nicht richtig.

Die eigentlichen Folgen der Sicherungsübereignung zeigen sich nicht nur im Konkurse des Gläubigers oder des Schuldners, sie zeigen sich auch bei der Zwangsvollstreckung. Die Gläubiger des Gläubigers können die zur Sicherung übereigneten Waren zu ihrer Befriedigung pfänden. Aber solange der Schuldner noch im Besitz des Warenlagers ist, kann er durch die Gläubiger des Gläubigers nicht geschädigt werden. Die Pfändung der Waren ist nach § 809 ZPO nur zulässig, wenn der Schuldner bereit ist, die Waren herauszugeben. Sonst können die Sachen nicht gepfändet werden, und der Gläubiger des Gläubigers kann nur den Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf Herausgabe der Waren pfänden und sich überweisen lassen. Diesem Herausgabeanspruch steht aber, solange der Schuldner seine Pflichten erfüllt, das Besitzrecht aus dem Besitzmittlungsverhältnis, wenn er seine Forderung rechtzeitig bezahlt, das Besitzrecht aus der Sicherungsabrede entgegen, so daß diese Pfändung des Herausgabeanspruches den Schuldner nicht gefährdet. Erst wenn der Gläubiger seinen Herausgabeanspruch wegen nicht rechtzeitiger Bezahlung der Forderung oder wegen Nichterfüllung von Pflichten durchsetzt und das Warenlager in Besitz nimmt, ist die Pfändung und Verwertung des Warenlagers durch die Gläubiger des Gläubigers möglich. Doch dann hat der Schuldner sowieso jedes Recht an den Waren verloren.

Wenn die Gläubiger des Gläubigers den Herausgabeanspruch oder die Waren gepfändet haben und auf Grund dieser Pfändung das Warenlager verwerten (dieses Verwertungsrecht besteht bei Pfändung der rei vindicatio gewöhnlich nicht, wie wir sahen), so wird des Schuldners Lage hierdurch verschlechtert. Denn die Ver-

wertung erfolgt jetzt nicht mehr im Interesse des Schuldners, sondern im Interesse der Gläubiger des Gläubigers, weil sich gegen diese der Anspruch des Schuldners auf Verwertung im eigenen Interesse nicht richtet. Der Schuldner kann daher nicht auf eine Verwertung dringen, die seinen Anspruch auf den Überrerlös bei der schlechten Vermögenslage des Gläubigers sicherstellt. Wäre die Pfändung nicht erfolgt, so könnte der Schuldner zu dem die Verwertung des Warenlagers betreibenden Gläubiger sagen: Bei deiner schlechten Vermögenslage verlange ich eine Verwertung, bei der der Übererlös sofort in mein Eigentum fließt. Jetzt wird das ganze Warenlager, auch der Mehrwert, zur Befriedigung der Gläubiger des Gläubigers benutzt. Dies hat seine Ursache in der fiduziarischen Natur der Sicherungsübereignung, deretwegen ja auch das Warenlager beim Konkurs des Gläubigers in die Konkursmasse fällt. Beim Konkurs kann sich der Schuldner den Mehrwert aber überhaupt nicht retten, bei der Zwangsvollstreckung immer, wenn er die gesicherte Forderung rechtzeitig bezahlt.

In der Literatur sieht man seit langem darin einen schweren Verstoß gegen den Grundsatz der Billigkeit, daß der Mehrwert der zur Sicherung übereigneten Sachen bei der Sicherungsübereignung den übrigen Gläubigern des Schuldners entzogen wird. Anders als beim Pfandrecht gehen hier die Waren vollständig auf den Gläubiger über. Das einzige Vermögensstück, das der Schuldner für seine Waren noch besitzt, ist, wenn er nicht rechtzeitig zahlt, der Anspruch auf Herausgabe des Übererlöses. Diesen allein können die übrigen Gläubiger des Schuldners pfänden und sich überweisen lassen, ganz im Gegensatz zum Pfandrecht, wo nach § 805 ZPO der Vorzugsberechtigte, der sich nicht im Besitze der verpfändeten Sachen befindet, wie z. B. der Vermieter, auf Grund eines Pfandrechts nicht widersprechen kann, wenn diese Sache von einem andern gepfändet wird. Er hat nur einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse. In dieser Ausschließung der übrigen Gläubiger von der Sache bei der Sicherungsübereignung sieht man einen schweren Nachteil, gegen den man Abhilfe sucht. Hellwig[6]) will dadurch abhelfen, daß er § 805 ZOP auch auf die Sicherungsübereignung anwendet. Eine solche Anwendung des § 805 ist aber

[6]) Gläubigernot, S. 31.

unmöglich. Denn einmal läßt der Wortlaut dieses Paragraphen eine solche Ausdehnung nicht zu, er spricht nur von Vorzugsrechten, und die Sicherungsübereignung ist kein Vorzugsrecht; zum andern trifft § 805 auch sachlich nicht zu, weil die Sicherungsübereignung etwas ganz anderes ihrem Wesen nach ist als ein Vorzugsrecht.

Eine solche Anwendung des § 805 erscheint aber auch unnötig, weil die Nachteile, die vorhanden sein sollen, in Wirklichkeit verhältnismäßig unbedeutend sind. Es wird gesagt, daß die Gläubiger, wenn sie den Anspruch auf den Übererlös gepfändet haben, um nichts besser stehen als zuvor, weil sie den Gläubiger C.[7]) nicht zwingen können, die Sachen zu verwerten. Der Gläubiger C. also, der mit dem Schuldner unter einer Decke steckt, wird dem Schuldner die Sachen einfach lassen und sie nicht verwerten. Auf diese Weise haben die übrigen Gläubiger des Schuldners das Nachsehen[8]). Dies wäre in der Tat der Fall, wenn die eben erwähnte Darstellung zuträfe. Sie trifft aber nicht zu. Übersehen wird, daß der Schuldner einen Anspruch gegen den Gläubiger C. hat, die Sachen zu verwerten. Wir sahen bereits, daß der Gläubiger C. entweder die Pflicht hat, die Sache herauszugeben oder aber sie zu verwerten. Die Verwertungspflicht ist genau so eine Pflicht des Gläubigers wie die Herausgabepflicht. Allerdings kann der Gläubiger bei Fälligkeit der Forderung dem Schuldner trotzdem die Waren belassen, der Schuldner braucht sich aber hierauf nicht einzulassen, sondern kann verlangen, daß die Sachen verwertet werden. Dieser Anspruch auf Verwertung steht dem Schuldner deshalb zu, weil er einen Anspruch auf den Übererlös hat. Der Anspruch auf Verwertung hängt untrennbar zusammen mit dem Anspruch auf den Übererlös. Nur der Gläubiger des Anspruches auf den Übererlös hat an dem Anspruche auf Verwertung ein Interesse. Wenn also der Anspruch auf den Übererlös von den übrigen Gläubigern des Schuldners gepfändet und diesem überwiesen wird, so geht zugleich auch der Anspruch auf Verwertung mit über. Wird also die gesicherte Forderung fällig, ohne daß der Schuldner rechtzeitig bezahlt, so

[7]) Mit C. ist im folgenden der Gläubiger gemeint, dem das Warenlager zur Sicherheit übereignet ist.

[8]) So Schmitt, in DJZ. 1912, S. 1046.

kann der Gläubiger, der den Anspruch auf den Übererlös gepfändet hat, den Eigentümer der zur Sicherung übereigneten Sachen zwingen, diese Sachen zu verwerten. Denn wäre der Schuldner in diesem Augenblicke noch Gläubiger des Anspruches auf den Übererlös, so könnte er den Gläubiger zwingen, die Sachen zu verwerten. An dieser Sachlage kann sich dadurch nichts geändert haben, daß der Schuldner nicht mehr Gläubiger des Anspruches auf den Übererlös ist. Früher konnten allerdings der Schuldner und der Gläubiger eine Herausſetzung des Fälligkeitstermines vereinbaren, aber nur dann, wenn der Schuldner als Gläubiger des Anspruchs auf den Übererlös damit einverstanden war. Wir sehen also, daß der Gläubiger, der den Anspruch auf den Übererlös gepfändet hat, nicht so machtlos ist, wie im allgemeinen angenommen wird. Einige Nachteile bleiben allerdings. Der Gläubiger des Anspruchs auf den Übererlös kann nur dann die Verwertung verlangen, wenn der Augenblick der Verwertungsmöglichkeit da ist. Eine Verwertungsmöglichkeit besteht aber dann nicht, wenn sie von einem vorherigen Kündigungsrecht des Gläubigers C. abhängt, und der Gläubiger C. nicht kündigt. Ist die gesicherte Forderung z. B. in der Weise vereinbart, daß der Anspruch einen Monat nach Kündigung fällig wird, und kündigt der Gläubiger C. nicht, dann wird auch die Forderung nicht fällig, der Schuldner behält also das Besitzrecht an den Waren, der Gläubiger C. hat deshalb kein Recht, diese Waren herauszuverlangen und zu verwerten, und solange er kein Verwertungsrecht hat, hat er auch keine Verwertungspflicht. In der Praxis kann daher die Machtlosigkeit des Gläubigers, der den Übererlös gepfändet hat, recht lange dauern, wenn der Gläubiger C. nicht kündigt, um den Schuldner im Besitz der Waren zu lassen. Immer aber ist vorausgesetzt, daß der Gläubiger C. und der Schuldner unter einer Decke stecken; das ist aber bei einer reellen Sicherungsübereignung nicht der Fall. Gegen eine unreelle Sicherungsübereignung, eine „Schiebung", haben die Gläubiger andere Mittel als die bloße Pfändung des Anspruches auf den Übererlös.

Wenn der Gläubiger C. seiner Verwertungspflicht nachkommen muß, so muß er ihr auch so nachkommen, wie es das Interesse des Gläubigers, der den Anspruch auf den Übererlös gepfändet hat,

verlangt, denn dieser ist durch die Pfändung an die Stelle des Schuldners getreten. Ist also die Vermögenslage des Gläubigers C. schlecht, und droht die Gefahr, daß die Gläubiger des Gläubigers C. in die Sachen vollstrecken werden, so kann eine solche Verwertung gefordert werden, bei der eine solche Pfändung der Gläubiger des Gläubigers C. ausgeschlossen ist, z. B. die Verwertung durch Pfandverkauf.

Wenn die Verwertung erfolgt ist, so erhält der Gläubiger, der den Anspruch auf den Übererlös gepfändet hat, diesen Übererlös. Es kann dadurch ein Streit über die Höhe des Übererlöses entstehen, daß die Höhe der Forderung des Gläubigers C.[9]) strittig ist. In diesem Prozesse hat der Gläubiger des Anspruchs auf den Übererlös (X.) die Höhe des Übererlöses zu beweisen. Denn die Höhe des Anspruches gehört mit zu den Klagbehauptungen. Man hat auch in dieser Beweislastverteilung einen Nachteil gesehen, der der Billigkeit nicht entspricht und auch nicht dem im § 805 geregelten Falle. Denn wer das Pfand- oder Vorzugsrecht nach § 805 gegenüber dem Gläubiger, der gepfändet hat, geltend macht, muß die ihm gegen den Schuldner zustehende Forderung mit Pfandrecht nachweisen[10]). Daß der Gläubiger (C.) in unserem Falle besser steht, ergibt sich aus seiner Stellung als Eigentümer der Sachen. Eine große Erschwerung wird auch für den Gläubiger des Anspruchs auf Übererlös (X.) dann nicht eintreten, wenn der Gläubiger C. und der Schuldner eine ernstliche Sicherungsübereignung vorgenommen haben. Denn dann wird der Gläubiger X. in dem Schuldner einen verhältnismäßig unbeteiligten Zeugen haben. Wenn allerdings eine Schiebung vorliegt, so ist der Schuldner am Ausgange des Rechtsstreits sehr interessiert. Aber eine solche Schiebung braucht der Gläubiger X. auch nicht gelten zu lassen. Den Kampf gegen diese werden wir in dem folgenden Paragraphen besprechen.

Einen großen Nachteil für den Gläubiger X. hat man jedoch von jeher mit Recht darin gesehen, daß bei Interventionsprozessen der Gläubiger X., wenn der Interventionskläger C. die Ernstlichkeit

---

[9]) Der Gläubiger C. ist der bisherige Gläubiger; der Gläubiger X. ist der Gläubiger, der den Anspruch auf den Übererlös gepfändet hat.

[10]) JW. 1900, S. 657, Nr. 6.

der Sicherungsübereignung nachweist, die Kosten des Rechtsstreits als der unterliegende Teil zu tragen hat. Der Gläubiger X. ist gewöhnlich nicht imstande, zu erkennen,, ob die Behauptung, die gepfändete Sache gehöre einem andern, auf Wahrheit beruht. Hält er die Behauptung für unrichtig, und wird ihre Richtigkeit nachher erwiesen, so hat er die Kosten des Rechtsstreits zu tragen und obendrein wertvolle Zeit verloren, während der er unter Umständen bereits eine andere Pfändung vornehmen konnte. Gerade hier zeigt sich die Heimlichkeit der Sicherungsübereignung am gefährlichsten. Wenn hier keine Abhilfe zu schaffen wäre, würde auch die ernst gemeinte Sicherungsübereignung einen schweren Mangel haben. Hellwig[11]) hat hier ebenfalls einen interessanten Weg vorgeschlagen, der dazu führen soll, dem Interventionskläger die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Er stützt sich auf § 94 ZPO[12]). Die Ähnlichkeit des in § 94 ZPO geregelten Falles mit dem Tatbestand der Sicherungsübereignung liegt auf der Hand. Beide Male handelt es sich darum, denjenigen zu schützen, der glaubt, daß der früher bestehende Zustand noch besteht, weil nichts darauf hindeutet, daß er sich geändert haben könnte. Klar ist aber auch die große Verschiedenheit beider Fälle, die bisher die Praxis abgehalten hat[13]), den Weg zu wählen, den Hellwig weist. Ganz abgesehen von den Einwendungen, die sich gegen die Begründung mit § 413 BGB machen lassen (durch dessen Anwendung Hellwig beweisen will, daß bei der Übereignung ohne reelle Besitzübergabe ein Anspruch im prozessualen Sinne übertragen wird), erheben sich Bedenken. § 94 behandelt den Fall, daß A. ein Recht, das er geltend machen kann, an B. überträgt. C., dem gegenüber das Recht geltend gemacht wird, will dem B. nicht glauben, daß er, B., das Recht geltend machen kann, weil er, C., immer noch der Ansicht ist, daß A. das Recht hat. In diesem Falle verlangt § 94, daß B. dem C.

---

[11]) Gläubigernot, S. 31.

[12]) § 94 ZPO lautet: Macht der Kläger einen auf ihn übergegangenen Anspruch geltend, ohne daß er vor Erhebung der Klage dem Beklagten den Übergang mitgeteilt und auf Verlangen nachgewiesen hat, so fallen ihm die Prozeßkosten insoweit zur Last, als sie dadurch entstanden sind, daß der Beklagte durch die Unterlassung der Mitteilung oder des Nachweises veranlaßt worden ist, den Anspruch zu bestreiten.

[13]) Vgl. Hellwig selbst, Bem. 28; ferner Boschan, in JW. 1912, S. 8, und Salinger, S. 452.

sein Recht nachweist. Ganz anders in unserm Falle. Das Recht, das geltend gemacht wird, nämlich das Eigentum, könnte der Schuldner, wenn es ihm jetzt noch zustände, dem pfändenden Gläubiger X. gegenüber gar nicht geltend machen. Er müßte die Pfändung dulden. Das Recht, das Eigentum gegen X. geltend zu machen, anders ausgedrückt, das Widerspruchsrecht, wird also gar nicht vom Schuldner auf den Gläubiger C. übertragen, sondern es entsteht erst in der Person des C[14]).

Die Praxis hat in unserm Falle versucht, mit § 93[15]) fertig zu werden. Zweifellos hat der Beklagte nicht zur Klage Anlaß gegeben, wenn ihm nicht der Anspruch des Interventionsklägers glaubhaft gemacht wird. Aber auch wenn X. nicht zur Klage Anlaß gegeben hat, trägt er nur dann nach § 93 die Kosten nicht, wenn er den Anspruch sofort anerkennt, also ohne erst zu bestreiten[16]). Dies wird gewöhnlich nicht der Fall sein.

Wenn die Praxis trotzdem allmählich zu dem wünschenswerten Resultate kam, so liegt dies an der freien Auslegung, die sie dem § 93 gegeben hat[17]).

Diese freie Auslegung ist zweifellos das Richtige, namentlich wenn man sie nicht auf § 93 beschränkt, sondern auch auf § 94 ausdehnt. Die freie Auslegung beider Paragraphen läßt sich folgendermaßen begründen: Das Prinzip der Kostentragung ist geregelt in § 91. Ausnahmen vom Prinzip sind die §§ 93 und 94. Bei beiden Paragraphen ist der Gesetzgeber augenscheinlich von dem Gedanken ausgegangen, daß der Beklagte, auch wenn er unterliegt, dann die Kosten nicht zu tragen braucht, wenn der Klage keine ordnungsmäßige Mahnung zur Erfüllung des Anspruches vorangegangen ist (§ 93). Ordnungsmäßig ist die Mahnung aber nur dann, wenn der Mahnende als zum Mahnen legitimiert erscheint (§ 94). Beide Paragraphen geben dem Richter das Recht, im Einzelfalle nach diesem Gesichtspunkt die Schroffheiten des in § 91 festgesetzten Prinzips zu mildern. Dies tut man in unserm Falle,

[14]) Vgl. Boschan, in JW. 1912, S. 8.

[15]) § 93 lautet: Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.

[16]) So Hellwig, S. 30.

[17]) Vgl. Metzges, in JW. 1912, S. 10.

indem man sagt: Der Interventionskläger muß sein Eigentum vor der Klageerhebung glaubhaft machen und trägt, wenn er dies nicht tut, auch dann die Kosten, wenn der Beklagte nicht sofort anerkennt, sondern in die kontradiktorische Verhandlung eintritt. Denn da dem Beklagten das Eigentumsrecht des Interventionsklägers unverschuldeterweise unbekannt ist, ist nur eine Klage nach vorangegangener Glaubhaftmachung ordnungsmäßig.

§ 7. Nichtige Sicherungsübereignungen von Warenlagern.

Wenn man die Sicherungsübereignung, wie wir getan haben, als notwendiges Kreditinstitut ansieht, so wird man die Nachteile der ernstlichen Sicherungsübereignung nicht zu hoch einschätzen. Ihren größten Fehler, die Heimlichkeit, teilt sie mit andern Instituten, mit Eigentumsvorbehalt und Kommission, Miete, Leihe. Ein vorsichtiger Gläubiger gibt heute nicht mehr viel auf den nach außen hervortretenden Besitz. Er weiß, daß jemand ein großes Unternehmen oder viel Immobilien besitzen kann, ohne doch größeres eigenes Vermögen zu haben. Gerade hieraus hat sich ja die Vorherrschaft des Realkredites entwickelt.

Die Gefährlichkeit und der einzige große Nachteil des Institutes der Sicherungsübereignung beruht darin, daß sie so leicht mißbraucht werden kann und so viel mißbraucht wird. Wenn Boyens[1]) auf dem 15. Juristentage behauptete, daß von 100 Sicherungsübereignungen 99 in fraudem creditorum geschlossen wären, so war das eine gewollte Übertreibung; aber Wahres liegt darin; und außer den Sicherungsübereignungen, die vorgenommen werden, um den Schuldner vor Zwangsvollstreckung zu schützen, gibt es noch andere Auswüchse der Sicherungsübereignung.

Die mißbräuchliche Anwendung der Sicherungsübereignung macht das Rechtsgeschäft entweder nichtig oder läßt es als anfechtbar bestehen. In diesem Paragraphen soll von den nichtigen Sicherungsübereignungen von Warenlagern die Rede sein, während im nächsten die Schutzmittel besprochen werden sollen, die die Gläubiger

[1]) Verhandlungen des 15. Juristentages I, 120.

des Schuldners gegen nur anfechtbare Auswüchse der Sicherungsübereignung haben.

Die Sicherungsübereignung von Warenlagern kann von vornherein schon deshalb nichtig sein, weil eine Einigung über den Eigentumsübergang überhaupt nicht vorhanden ist.

Das RG.[2]) hatte z. B. folgenden Fall zu entscheiden:

Es waren 600000 Ziegelsteine zur Sicherung übereignet. Die 600000 Ziegelsteine gehörten zu einem größeren Vorrat, aus dem sie nicht ausgesondert wurden.

Das RG. erklärte die Sicherungsübereignung für nichtig.

Eine Entscheidung des RG. vom 22. Oktober 1910[3]) erklärte eine Sicherungsübereignung für nichtig, weil die Parteien das Warenlager in Bausch und Bogen übereignet hatten, ohne daß die einzelnen Sachen aufgezählt waren. Aber eine Aufzählung der einzelnen Sachen ist auch nicht nötig, wenn die Bezeichnung „Warenlager" die von den Parteien gemeinten Sachen so deutlich bestimmt, daß ein Irrtum oder eine Verwechslung ausgeschlossen ist. Mit Recht erkennt eine Entscheidung vom 15. Juni 1911[4]) eine Sicherungsübereignung an, bei der die in einem bestimmten Stockwerke eines Ladengeschäfts lagernden Waren übereignet waren.

Nichtig ist ferner die Sicherungsübereignung, wenn kein genügendes Besitzkonstitut vereinbart ist. Wir haben diese Fälle schon bei den Ausführungen über das Besitzmittlungsverhältnis behandelt. Nichtig ist weiter eine Sicherungsübereignung, die von den Parteien vorgenommen wurde, obwohl eine zu sichernde Forderung nicht bestand und auch nicht entstehen sollte. Eine solche Sicherungsübereignung ist nichtig, weil sie simuliert, weil sie nicht ernstlich gewollt ist. Die Simulation liegt aber nur dann vor, wenn es gar nicht in der Absicht der Parteien lag, eine zu sichernde Forderung zur Entstehung zu bringen. Denn wenn die Parteien beabsichtigten, eine zu sichernde Forderung zu begründen, so ist Eigentum auch dann übergegangen, wenn diese zu sichernde Forderung nicht entsteht, weil die Parteien die Übereignung ernstlich wollten.

In diesem Zusammenhange sind auch eine Reihe von Fällen

---

[2]) Entscheidung vom 2. März 1897, bei Schäfer, S. 31.

[3]) JW. 1911, S. 46.

[4]) Schäfer, S. 32. Siehe auch die S. 26—27 der Arbeit zitierte Entscheidung.

von Sicherungsübereignungen zu besprechen, die die wirtschaftliche Selbständigkeit des Schuldners vernichten würden, wenn sie gültig wären. Gerade diese Sicherungsübereignungen bedürfen einer eingehenderen Behandlung, weil sie bedauerlicherweise häufig vorkommen und schon eine zahlreiche Judikatur hervorgerufen haben.

Zunächst seien drei Beispiele genannt.

I. § 6 des Vertrages des Barmer Bankvereins[5]) lautet:

> Soweit Herr K. Waren des Kommissionslagers bei der Abrechnung verkauft hat, ohne den Kaufpreis an den Barmer Bankverein bar abzuführen, gilt er als Selbstverkäufer dieser Waren zum Verzeichniswert. Er tritt schon hiermit alle Forderungen, die ihm aus dem Verkauf von Kommissionswaren an die Abnehmer zustehen werden, an den Barmer Bankverein ab.

II. Der Entscheidung des RG. vom 5. Mai 1911[6]) liegt folgender Tatbestand zugrunde:

> Der Kläger hat mit S., dem jetzigen Gemeinschuldner, einen Vertrag abgeschlossen, der die Forderungen des Klägers sicherstellen sollte. S. übertrug dem Kläger durch Sicherungsübereignung das Eigentum an seinem ganzen Warenlager fertiger und halbfertiger Waren, an den Rohmaterialien, an dem Werkzeug und der Geschäftseinrichtung. Er zedierte ihm alle vorhandenen und zukünftigen Geschäftsausstände und verpflichtete sich auch, das Eigentum an den später zu erwerbenden Rohmaterialien und Waren zu übertragen. Das Vertragsverhältnis war zunächst auf ein Jahr berechnet, verlängerte sich jedoch, wenn es nicht acht Monate vor Ablauf gekündigt wurde.

III. Der Entscheidung des RG. vom 24. Januar 1912[7]) liegt folgender Tatbestand zugrunde:

> Der Sicherungsgläubiger war Handelsgesellschafter des Schuldners. Er wandelte seine Einlageforderung in eine Darlehnsforderung ohne Abzug des vor seinem Ausscheiden entstandenen Geschäftsverlustes um, sicherte sich unerfüllbare

[5]) Hoeniger, S. 71.
[6]) JW. 1911, Nr. 10, S. 576.
[7]) JW. 1912, S. 457, Nr. 3.

Zahlungsbedingungen und das Recht auf Übernahme des Geschäftes zu und ließ sich das gesamte gegenwärtige und zukünftige Geschäftsvermögen zur Sicherung der Darlehnsforderung übertragen.

Diese angeführten drei Beispiele zeigen, daß der Schuldner und Sicherungsübereigner nach Abschluß einer solchen Sicherungsübereignung nicht mehr Herr seines Geschäftes, sondern ein vom Gläubiger durchaus abhängiger Geschäftsführer ist. Denn der Gläubiger ist nicht nur wie bei der gewöhnlichen Sicherungsübereignung von Warenlagern Eigentümer des Warenlagers, er ist auch Herr des Geschäftes selbst geworden. Von den drei Beispielen hat das RG. über zwei entschieden und die Verträge für nichtig erklärt. Es würde wohl auch den Vertrag des Barmer Bankvereins auf Grund des zitierten § 6 für unwirksam halten. Denn der Schuldner tritt in allen drei Fällen seine sämtlichen zukünftigen Außenstände ab, und eine solche Abtretung ist auf Grund von § 310[8]) nichtig. Der ganze Vertrag ist daher schon auf Grund von § 310 in Verbindung mit § 139 nichtig[9]). Die Nichtigkeit des Vertrages ergibt sich aber auch aus § 138. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt einmal vor im Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger, denn der Vertrag enthält eine „mit den Anschauungen anständiger, billig und recht denkender Kaufleute unvereinbare wirtschaftliche Knebelung“[10]). Ein Verstoß gegen die guten Sitten ergibt sich aber auch aus dem Verhältnis zwischen den Parteien und den übrigen Gläubigern des Schuldners. „Die Rücksicht auf den gesunden Verkehr, insbesondere auf diejenigen, von denen der Schuldner die Waren für seinen weiteren Geschäftsbetrieb auf Kredit entnimmt, erfordert, daß eine Vereinbarung, durch die sich ein Schuldner seines gesamten Geschäftsvermögens zugunsten eines einzigen Gläubigers entäußert und zum bloßen Werkzeuge dieses Gläubigers wird, während er gleichwohl nach außen hin den Schein eines selbständigen Gewerbebetriebes aufrechterhält, die rechtliche Anerkennung versagt werde[11]).“ Oder wie das RG. in einem

[8]) § 310 ist hier nach der Auffassung des RG. gegeben, vgl. Bd. 67, S. 168.
[9]) RG. in JW. 1911, Nr. 10, S. 576.
[10]) RG. in JW. 1912, Nr. 3, S. 457.
[11]) RG. in JW. 1911, Nr. 10, S. 576.

andern völlig gleichliegenden Falle gesagt hat[12]): „Wenn man zwar in Annahme einer durch Treue und Glauben im Handelsverkehr bedingten Offenbarungspflicht nicht so weit gehen darf, daß der kreditgebende Kaufmann dem Dritten ungefragt jede von der Norm abweichende Gestaltung seiner Vermögensverhältnisse wie eine von ihm betätigte Sicherungsübereignung kundgeben müßte, so liegt die Sache doch anders in einem Falle, wo der Betreffende dem Namen nach Geschäftsinhaber ist, in Wahrheit aber sich der Herrschaft über das Geschäftsvermögen begeben hat. Es ist unerlaubt, mit Hilfe des Scheines eines loyalen Geschäftsbetriebes Waren oder Geld auf Kredit sich zu verschaffen, wenn die im redlichen Handel vorausgesetzte Unterlage des Kredites mangelt." Wie das RG. selbst sagt, muß man mit der Nichtigkeitserklärung auf Grund von § 138 wegen Krediterschleichung auf Seiten des Schuldners und auf Seiten des Gläubigers wegen des Bewußtseins, daß er die übrigen Gläubiger in unerlaubter Weise schädigt, vorsichtig sein. Zu weit geht jedenfalls ein Urteil des OLG. Breslau[13]), das einen Verstoß gegen die guten Sitten gegenüber den Lieferanten des Schuldners darin sah, daß alle Ersatzstücke ohne Entgelt und ohne Kenntlichmachung der Rechtsverschiebung für dritte Personen in das Eigentum des Gläubigers übergingen. Wenn eine solche Sicherungsübereignung von Warenlagern gegen die guten Sitten verstoßen soll, so ist jede Sicherungsübereignung von Warenlagern nach § 138 nichtig. Denn wir haben ja gesehen, daß die Ersatzstücke ohne weiteres durch das bloße Einbringen in das Warenlager übereignet werden. Man sieht aus diesem Beispiel, daß die bei jeder Sicherungsübereignung naturgemäß vorhandene Nichterkennbarkeit des Eigentums bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern für genügend erachtet wird, um die Anwendung von § 138 zu begründen. Man kommt fast dazu, zu sagen, jede Sicherungsübereignung von Warenlagern ist wegen der damit verbundenen Heimlichkeit auf Krediterschleichung abgelegt und deshalb unsittlich. Dem ist aber nicht so. Bei der Beurteilung der Unsittlichkeit des Sicherungsgeschäftes wegen Krediterschleichung und Schädigung der übrigen Gläubiger kommt es darauf an, ob die Parteien die Ab-

[12]) RG. in JW. 1911, S. 651.
[13]) Breslau, Zeitschrift der Anwaltskammer 1911, S. 23.

sicht hatten, den Zusammenbruch des Schuldners nur für eine Zeit hinauszuschieben, damit der eine Gläubiger C. mit Hilfe des Kredites, den der Schuldner bei den andern Gläubigern hat, sich inzwischen sichert oder befriedigt. Liegt diese Absicht vor, so ist das Geschäft nichtig. Aber auch nur dann. Hatten die Parteien vielmehr die Absicht, den Schuldner durch die Gewährung oder Weitergewährung des Kredites finanziell zu kräftigen, weil er nur mit Hilfe dieses Kredites seinen Geschäftsbetrieb aufrechterhalten konnte, so ist die Sicherungsübereignung nach § 138 nicht nichtig. Für gewöhnlich wird diese Sanierungsabsicht auch tatsächlich vorliegen, besonders wenn der Kredit erst neu gewährt wird. Denn immer hat der Gläubiger ein großes Interesse daran, daß sein Schuldner finanziell gut steht. Dem Risiko, das der Gläubiger übernimmt, ist es angemessen, wenn er sich durch Vornahme der Sicherungsübereignung genügend sichert, zumal er sich dadurch die Kontrolle über das Geschäft des Schuldners verschafft[14]). Für solche Übereignungen kommt keineswegs § 138 in Betracht, selbst wenn nachher der Zusammenbruch erfolgt.

Mit dieser Besprechung der Anwendung von § 138 haben wir zugleich auch das Anwendungsgebiet von § 826 kennen gelernt, der ebenfalls einen Verstoß gegen die guten Sitten voraussetzt. Hoeniger[15]) ist der Ansicht, daß für § 826 überhaupt kein Platz sei, da die Sicherungsübereignung, wenn sie gegen die guten Sitten verstoße, nach § 138 nichtig sei, also § 138 und nicht § 826 angewendet werden müsse. Die beiden Urteile des RG. vom 3. Januar 1911[16]) und 18. Mai 1911[17]), die einer Klage auf Grund von § 826 stattgeben, sprechen sich über die Grenzen von § 138 und § 826 nicht aus. Man wird sagen müssen, daß in erster Linie nur § 138 in Betracht kommt. Beruft sich ein Gläubiger mit Erfolg auf die Nichtigkeit, so sind damit im allgemeinen die Wirkungen des Geschäftes fortgefallen. Das Eigentum an den Waren steht dem Schuldner zu, er ist Gläubiger seiner Forderungen geblieben. Die einzelnen Vermögensstücke können beliebig gepfändet

---

[14]) Fischer, in Bankarchiv XI, S. 104.
[15]) S. 31.
[16]) JW. 1911, S. 324.
[17]) JW. 1911, S. 650.

werden. Anders ist es aber, wenn die Nichtigkeit der Sicherungsübereignung erst lange Zeit nach Abschluß des Vertrages geltend gemacht wird, und der falsche Sicherungseigentümer über die vermeintlichen Rechte bereits verfügt hat, indem er die Waren verwertete, die zedierten Forderungen einzog oder erließ. In diesem Falle nutzt dem Gläubiger, der sich auf die Nichtigkeit des Geschäfts auf Grund von § 138 beruft, die Nichtigkeit nichts. Denn das einzige, was er als Vermögen des Schuldners pfänden kann, sind die Ansprüche des Schuldners gegen den Gläubiger C. Hat also der Schuldner nur einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, so kann der Gläubiger C. demgegenüber einwenden, daß er nicht bereichert sei. Hier hilft dem Gläubiger X. § 826. Als Beispiel seien hier die beiden eben erwähnten Reichsgerichtsurteile gegeben, die fast den gleichen Tatbestand haben. Beide geben eine ausführliche Begründung für die Anwendung von § 826.

Der Kaufmann B., Inhaber eines umfangreichen Teppich- und Linoleumgeschäfts, bezog seinen Bedarf an Linoleum von der mit verklagten Aktiengesellschaft auf Kredit. Zur Sicherung ihrer Forderungen schloß letztere, nachdem sie sich schon früher ausbedungen hatte, daß B. seine sämtlichen Warenforderungen ihr in Höhe ihres jeweiligen Guthabens abtreten müsse, mit B. einen weiteren Sicherungsvertrag, welcher in seinen drei ersten Paragraphen folgendermaßen lautete: „§ 1. B. überträgt auf die Gesellschaft zu Eigentum sein gesamtes Teppich- und Läuferstofflager. . . . Die Eigentumsübertragung erfolgt zur Sicherstellung der Gesellschaft für deren gegenwärtige und zukünftige Forderungen. § 2. Die Gesellschaft beläßt das ihr zu Eigentum übertragene Lager Herrn B. zum kommissionsweisen Verkauf. § 3. B. erkennt an, daß er alle Teppiche und Läuferstoffe, die er erwerben wird, auch wenn der Erwerb im eigenen Namen geschieht, tatsächlich für die Gesellschaft erwirbt. . . . B. wird jedesmal, wenn er Teppiche oder Läuferstoffe einkauft, der Gesellschaft hiervon unter Erteilung einer Abschrift der Faktura Anzeige machen und bestätigen, daß er die Waren als Kommissionsware für die Gesellschaft unter sich habe.“ Nach Abschluß dieses Vertrages in der Zeit von November 1908 bis März 1909 lieferte die

Klägerin, welcher die erwähnten Abkommen unbekannt geblieben waren, dem Kaufmann V. Teppiche und Läufer, indem sie den ausbedungenen Kaufpreis von 6585,10 M. kreditierte. V. geriet Mitte des Jahres 1909 in Konkurs. Die Klägerin fiel mit ihrer Kaufpreisforderung ihrer Behauptung nach aus. Mit vorliegender Klage fordert die Klägerin Herausgabe der Waren, indem sie die Eigentumsübertragung an V. wegen Betruges anficht, oder Wertersatz nach § 826, und zwar von dem Konkursverwalter und der mitverklagten Aktiengesellschaft[18]).

Wir sehen hier wieder einen Fall, wo das Rechtsgeschäft nach unserer Ansicht sowohl nach § 310 als nach § 138 nichtig ist. Der falsche Sicherungseigentümer hat die Waren schon in Besitz genommen bzw. bereits verwertet. Außerdem ist der Schuldner in Konkurs. Aus der Darstellung geht hervor, daß die Sicherungsübereignung vom Konkursverwalter für gültig erachtet worden ist, denn sonst hätte er die noch nicht verwerteten Waren zur Konkursmasse gezogen und außerdem Bereicherungsansprüche gegen die Aktiengesellschaft erhoben. Das Berufungsgericht hatte der Klage nicht stattgegeben:

Die rechtliche Würdigung des BG. geht im wesentlichen dahin: Zu einer Offenbarung der durch die Sicherungsverträge geschaffenen Rechtslage sei weder der Kaufmann V. noch die verklagte Aktiengesellschaft verpflichtet gewesen; auch liege kein ausreichender Anhalt dafür vor, daß die Klägerin durch die Geheimhaltung zum Abschluß des Kreditkaufs bestimmt werden sollte; die verklagte Aktiengesellschaft habe sich für den vorausgesehenen Fall des Zusammenbruchs V.s lediglich eine Vorzugsstellung vor den übrigen Gläubigern verschafft. Darin sei keine unerlaubte Handlung zu erblicken; von einer solchen könne erst dann die Rede sein, wenn die Aktiengesellschaft die Unhaltbarkeit der Lage V.s erkannt und es deshalb im Einverständnis mit V. unternommen habe, ihr Guthaben auf Kosten anderer Kreditgeber aus dem Geschäfte herauszuziehen und sich auf diese Weise Deckungsmittel zu ihrer Befriedigung

[18]) JW. 1911, S. 324.

zu erschleichen. Daß der Aktiengesellschaft eine derartige unlautere Absicht innegewohnt habe, könne aber nicht als erwiesen angesehen werden[19]). Es sei deshalb sowohl die gegen die Aktiengesellschaft gerichtete Schadenersatzklage wegen unerlaubter Handlung, als auch die Anfechtung der Eigentumsübertragung und folgeweise auch die gegen beide Beklagte erhobene Eigentumsklage als unbegründet zurückzuweisen[20]). — Das Bg. hat nicht verkannt, daß bei einer fraudulosen, nach der KO oder dem AnfG anfechtbaren Benachteiligung der Gläubiger unter Umständen, wenn nämlich die Rechtshandlung über den bloßen Anfechtungstatbestand hinausgehend die Merkmale einer unerlaubten Handlung nach § 823 oder § 826 BGB erfüllt, mit dem Anfechtungsanspruche auch ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem dritten Teilnehmer an jener Handlung konkurrieren kann[21]). Das ist insbesondere der Fall, wenn eine betrügliche Täuschung, eine arglistige Verschleierung der den Gläubiger schädigenden Machenschaften hinzutritt. Hier handelt es sich bei dem, den beiden Beklagten zur Last gelegten Verhalten keineswegs bloß darum, daß der Beklagten in fraudulöser Weise eine Vorzugsstellung vor den übrigen Gläubigern verschafft worden wäre, sondern gerade auch um Machenschaften der eben erwähnten Art. — Das wesentlichste Moment für die Beurteilung der Handlungsweise der Beklagten liegt in der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung des Übereignungsvertrages. Die Bedeutung dieses Abkommens war aber die, daß durch die Übereignung des gesamten Lagers an die Beklagte in Verbindung mit der schon vorher vereinbarten Abtretung der Ausstände und durch die

---

[19]) Das RG. kommt auf Grund des Vertrages mit Recht zu dem entgegengesetzten Resultat.

[20]) JW. 1911, S. 324.

[21]) Nach unserer Ansicht ist dies nicht richtig: § 826 kommt, wie früher ausgeführt, nur in Betracht, wenn die Sicherungsübereignung schon nach § 138 nichtig ist. Denn auch § 826 erfordert einen Verstoß gegen die guten Sitten. Ist die Sicherungsübereigung nicht nach § 138 nichtig, sondern nur durch die Gläubigeranfechtung anfechtbar, so kommt § 826 nicht in Betracht. Die in unserm Falle vorliegende Sicherungsübereigung verstößt aber, wie schon bemerkt, gegen die guten Sitten und ist nach unserer Ansicht nichtig und nicht nur anfechtbar. Deshalb hat das RG. recht, wenn es § 826 anwendet.

Bestimmung, daß das Lager dem V. nunmehr nur zum kommissionsweisen Verkauf überlassen blieb, V. aus der Stellung des selbständigen Geschäftsinhabers in die eines von der Aktiengesellschaft durchaus abhängigen Geschäftsführers kam, während er nach außen nach wie vor als verfügungsberechtigter Geschäftsherr auftrat. Wurde durch Verheimlichung des wirklichen Sachstandes bei dritten Kreditgebern ein Irrtum über die Vermögenslage des V. erregt oder unterhalten, so lag darin eine betrügliche oder doch sittenwidrige Täuschung[22]).

— — — § 826 erfordert nicht die Absicht, Schaden zuzufügen, nicht einmal das Bewußtsein, daß ein Schaden notwendig eintreten müsse; es genügt, daß der Schaden als naheliegende Möglichkeit vorausgesehen wurde[23]).

§ 8. Die Schutzmittel der Gläubiger des Schuldners bei gültigen Sicherungsübereignungen von Warenlagern.

Eine reelle Sicherungsübereignung von Warenlagern liegt vor, wenn der Gläubiger C. als Sicherungseigentümer für eine ihm gegen den Schuldner zustehende Forderung so geschützt wird, daß andere Gläubiger des Schuldners durch diese Sicherung nicht ungebührlich benachteiligt werden. Eine unreelle Sicherungsübereignung liegt vor, einmal wenn der Zweck der Sicherungsübereignung ist, den Schuldner vor der Zwangsvollstreckung seiner Gläubiger zu schützen (in diesem Falle sichert die Sicherungsübereignung den Sicherungseigentümer überhaupt nicht); zum andern wenn die übrigen Gläubiger durch die Sicherungsübereignung ungebührlich

[22]) Hier findet das RG. den richtigen Maßstab, ob eine Sicherungsübereignung reell oder unreell gemeint war. Es wirft die Frage auf: Ergibt sich aus den Parteiabmachungen, daß die wirtschaftliche Stellung des Schuldners gekräftigt werden sollte durch die Sicherungsübereignung in Verbindung mit der Weitergewährung des Kredites? Oder ergibt sich das Gegenteil? (Also: Sanierungsabsicht oder nicht?) Je nach der Beantwortung der ersten oder zweiten Frage ist die Sicherungsübereignung reell oder nicht. Vgl. S. 72 der Arbeit. Zu bemerken ist weiter, daß das RG. nicht den Parteiwillen zum Mittelpunkte der Entscheidung macht sondern das Abkommen und erst indirekt aus diesem Schlußfolgerungen auf den Parteiwillen stellt. Vgl. S. 72.

[23]) JW., S. 651—652, Jahrgang 1911.

benachteiligt werden, wenn nämlich die wirtschaftliche Stellung des Schuldners nicht gekräftigt werden soll; wenn die Sicherungsübereignung kein gerechtfertigtes Entgelt für die Gewährung oder Weitergewährung von Kredit ist und nach dem Parteiwillen auch nicht sein soll (in diesem Falle sichert die Sicherungsübereignung den Sicherungseigentümer zu sehr). Im vorigen Paragraphen haben wir gesehen, daß eine Reihe von unreellen Sicherungsübereignungen auf Grund der §§ 117, 138, 310, 311 BGB nichtig sind.

Wir haben jetzt die Schutzmittel der Gläubiger zu besprechen, die sie gegen gültige unreelle Sicherungsübereignungen haben.

I. Zunächst ist hier nochmals hervorzuheben, daß § 826 nicht hierher gehört. § 826 kann nur in Betracht kommen, wenn der Übereignungsvertrag auf Grund von § 138 nichtig ist.

II. Dagegen gehört hierher der ebenfalls schon besprochene Eigentumsvorbehalt. Wenn der Lieferant sich an seinen Waren das Eigentum vorbehält, so können diese nicht in das Eigentum des Sicherungseigentümers treten, bis der Lieferant befriedigt ist.

III. Hierher gehören ferner KO § 29 bis 42, die von der Gläubigeranfechtung handeln, und das Anfechtungsgesetz von 1879. Beide Gesetze kommen aber in der Praxis bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern fast nicht in Betracht, insbesondere nicht, soweit die Absichtsanfechtung nach KO § 31 Nr. 1 und AnfG. § 3 Nr. 1 gegeben ist. Bei der Absichtsanfechtung nach § 3 Nr. 1 muß derjenige, der sich auf die Anfechtbarkeit beruft, dem Gegner gegenüber beweisen, daß der Schuldner eine dem andern Teile bekannte Absicht gehabt habe, die Gläubiger zu benachteiligen. Dieser Beweis ist aber schwer zu führen, weil der Schuldner immer geltend machen wird, daß er die Absicht gehabt habe, sich durch Vornahme der Sicherungsübereignung von Warenlagern zu sanieren. Die Absichtsanfechtung dringt deshalb nur in besonders klarliegenden, d. h. besonders kraß liegenden Fällen durch. Derartig kraß liegende Fälle der Sicherungsübereignung von Warenlagern verstoßen aber regelmäßig auch gegen die guten Sitten. Der Gläubiger X. wird sich daher niemals auf AnfG. § 3 Nr. 1, sondern stets auf § 138 oder auch späterhin auf § 826 BGB stützen und, wenn er hiermit nicht durchdringt, wegen der Beweisschwierigkeit auch keine Hoffnung haben, mit § 3 Nr. 1 obzusiegen.

IV. Hierher gehört ferner § 419 BGB[1]). Wer sein Warenlager zur Sicherheit hingibt, wird im allgemeinen kein nennenswertes Vermögen mehr haben, abgesehen von den Geschäftsausständen, und es wird eben für gewöhnlich die Frage zu prüfen sein, ob die Geschäftsausstände neben dem Warenlager als Vermögensbestandteil in Betracht kommen. Wenn § 419 gegeben ist, so muß der Sicherungseigentümer den Gläubiger X. voll befriedigen. Oder er muß die Beschränkung seiner Haftung auf den Bestand des Übernommenen geltend machen, dann aber auch das Warenlager den Gläubigern nach § 1990 zur Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben[2]).

§ 419 gibt nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Sicherungseigentümer. Der Anspruch ist auch dann nur obligatorisch, wenn der Sicherungseigentümer sich auf die Beschränkung seiner Haftung beruft und dann verpflichtet ist, das übernommene Vermögen zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben. Gibt die Berufung auf § 419 nun dem Interventionsbeklagten eine wirksame Einwendung gegenüber der Eigentumsklage des Interventionsklägers? Diese Frage ist wichtig, denn der Gläubiger X. wird gewöhnlich nicht gegen den Sicherungseigentümer direkt vorgehen, sondern erst Sachen des Warenlagers pfänden. Jetzt erhebt der Sicherungseigentümer Klage im Interventionsprozesse. Kann nun der Gläubiger X. die

[1]) § 419 lautet: Übernimmt jemand durch Vertrag das Vermögen eines andern, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrages an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen. Die Haftung des Übernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Beruft sich der Übernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung, so finden die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der § 1990—1991 entsprechende Anwendung.

Die Haftung des Übernehmers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden.

[2]) Der Gläubiger hat kein Vorzugsrecht, insbesondere kein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner (der gesicherten) Forderung. Er muß neben, nicht vor den übrigen Gläubigern Befriedigung suchen. Anderer Ansicht Boschan, im Recht 1912, S. 425. Vgl. dagegen aber die eingehende Antwort Hoenigers, S. 129—131. Auch der zweite Einwurf Boschans, daß die Vertragschließenden die Übergabe eines ganzen Vermögens *als solchen* gewollt haben müßten, ist nicht richtig. Es genügt, wenn die Parteien die wichtigsten einzelnen Stücke des Vermögens übertragen. So RG. 69, S. 416 ff. und Bd. 76, 1 ff.

Wirksamkeit seiner Pfändung damit retten, daß er eine Verpflichtung des Klägers auf Grund von § 419 nachweist? Das RG.[3]) bejaht diese Frage. Es sagt:

> Wenn auch eine irgendwie gestaltete dingliche Haftung der übernommenen Vermögensgegenstände nicht anzunehmen ist, kann es doch dem Übernehmer nicht gestattet sein, gegenüber einem Gläubiger des Übergebers, der auf Grund eines gegen diesen erwirkten Titels in dessen Gewahrsam befindliche Gegenstände hat pfänden lassen, sich zur Beseitigung dieser Zwangsvollstreckung auf einen Eigentumsübertragungsakt zu berufen, durch den er selbst, wenn auch nur obligatorisch, verpflichtet worden ist, dieselben Gegenstände dem Gläubiger zum Zwecke der Zwangsvollstreckung wieder zur Verfügung zu stellen. Der Beklagte befindet sich in derselben Lage wie ein Gläubiger, der bei seinem Schuldner Sachen hat pfänden lassen, die ein Dritter anfechtbar erworben hat. Wie in einem solchen Falle die Widerspruchsklage des Dritten durch die gemäß §§ 5 und 7 des AnfG. erhobene Einrede geschlagen wird, daß der Eigentümer obligatorisch verpflichtet ist, die Zwangsvollstreckung in die gepfändeten Gegenstände zu dulden, so muß auch dem Gläubiger die Einrede verstattet sein, daß der Übernehmer zur Duldung der Zwangsvollstreckung in die übereigneten Gegenstände verpflichtet ist, sofern er nicht die Befriedigung des Gläubigers aus eigenen Mitteln vorzieht.

Diese Entscheidung des RG. ist durchaus einwandfrei. Das RG. vergleicht mit Recht den hier vorliegenden Tatbestand mit der Einrede bei der Gläubigeranfechtung, denn beide Tatbestände sind völlig analog. Daß diese Einrede auf Grund von § 419 gegen die rei vindicatio des Interventionsklägers möglich sein muß, ergibt sich auch daraus, daß sonst auf diesen Interventionsprozeß sehr bald ein zweiter folgen würde, bei dem die Parteirollen vertauscht wären. Durch die Möglichkeit der Einrede wird dieser zweite Prozeß vermieden.

V. Hoeniger[4]) will den Gläubigern noch ein Schutzmittel auf Grund von §§ 321, 610 und 119 Abs. 2 BGB geben. Er meint,

[3]) JW. 1912, S. 348.
[4]) S. 125–127.

durch die Sicherungsübereignung von Warenlagern trete eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners ein, und deshalb kämen §§ 321 und 610 in Betracht, wenn die Sicherungsübereignung nach dem Geschäftsabschluß vorgenommen würde. Insbesondere hätte aber ein Lieferant, der in Unkenntnis über eine bereits vor dem Geschäftsabschluß vorgenommene Sicherungsübereignung den Verkauf abgeschlossen und geliefert hätte, ein Recht, das obligatorische und dingliche Geschäft auf Grund von § 119 Abs. 2 anzufechten, weil er über die Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit des Schuldners geirrt hätte. Das RG.[5]) wendet in der Tat § 119 Abs. 2 auf einen solchen Irrtum an, indem es mit Recht beim Kreditkauf den Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Käufers als einen Irrtum über eine Eigenschaft der Person auffaßt.

Die angeführten Paragraphen treffen in unserm Falle nicht zu. Eine nach §§ 321 und 610 erforderliche wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse liegt deshalb nicht vor, weil die Sicherungsübereignung zugleich das Mittel ist, Krediteröffnung oder wenigstens Kreditverlängerung von Seiten des Sicherungseigentümers zu erlangen. Dieser Kredit, den der Schuldner sonst nicht hätte, ist aber für den Schuldner mehr wert als das Eigentum an seinen Waren, über die er das Verfügungsrecht im regelmäßigen Geschäftsbetriebe behält. Denn dieser Kredit ermöglicht ihm die Fortführung seines Geschäftes. Der Kredit hält ihm also seine Einnahmequelle offen. Seine Vermögensverhältnisse haben sich daher nicht verschlechtert, sondern gebessert. Denn seine Vermögenslage ist so lange in guter Verfassung, als er sein Geschäft mit Gewinn fortführen kann.

Aus demselben Grunde ist auch § 119 Abs. 2 unanwendbar. Durch die Sicherungsübereignung ist die Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit des Schuldners nicht verringert, sondern vergrößert.

Anders ist es natürlich bei der unreellen Sicherungsübereignung, bei der der Zusammenbruch des Schuldners nicht vermieden, sondern zugunsten eines Gläubigers verzögert werden soll. Eine solche Sicherungsübereignung ist aber, weil gegen die guten Sitten

[5]) Noch in letzter Zeit sehr eingehend RG. in JW. 1912, S. 26.

verstoßend, nichtig. Eine Veränderung der Vermögensverhältnisse des Schuldners ist daher zunächst nicht eingetreten. Eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 wird hier trotzdem gewöhnlich möglich sein, nicht deshalb, weil die Kreditunwürdigkeit durch die nichtige Sicherungsübereignung verursacht ist, wohl aber deshalb, weil sie sowieso schon bestand. Anders ist es auch, wenn der Schuldner auf eine Anfrage des Lieferanten leugnet, daß er nicht mehr Eigentümer des Warenlagers sei, denn wenn der Gläubiger deswegen das Geschäft abgeschlossen und geliefert hat, weil er der Behauptung des Schuldners Glauben schenkte, so kann er wegen arglistiger Täuschung anfechten.

VI. Wenn wir die einzelnen eben besprochenen Schutzmittel gegenüber gültigen Sicherungsübereignungen übersehen, so erkennen wir, daß besonders der Eigentumsvorbehalt und § 419 für die benachteiligten Gläubiger gute Waffen sein können. Der Eigentumsvorbehalt ist dabei ein Schutzmittel gegen jede Sicherungsübereignung, auch gegen die reelle. Dasselbe wird zuweilen[6]) von § 419 angenommen, aber zu Unrecht. Denn bei einer normalen Sicherungsübereignung von Warenlagern wird der Schuldner und Sicherungsübereigner außer dem Warenlager auch noch anderes Vermögen, nämlich seine Außenstände, sein „Buch", haben, da der Schuldner im allgemeinen gerade dann Bankkredit gegen Sicherungsübereignung suchen wird, wenn sein Buch zu groß für seine finanziellen Verhältnisse geworden ist.

Die wichtigsten Waffen im Kampfe gegen unreelle Sicherungsübereignungen werden immer die §§ 117, 138, 826 BGB bleiben.

Gerade diese werden jedoch von vielen Seiten nicht für ausreichend gehalten. Darum setzten hier zuerst die Reformvorschläge ein, die zunächst nur die Hilfsmittel der benachteiligten Gläubiger erweitern wollten, schließlich aber eine Reformierung des ganzen Institutes der Sicherungsübereignung verlangten. Zur Begründung dieser Forderung entwarf man mit großem Unrecht von der Sicherungsübereignung ein recht ungünstiges Bild, das wir in folgendem einmal ausführlich darstellen wollen:

---

[6]) Z. B. Brasch in JW. 1912, S. 510, und Hellwig, Gläubigernot, S. 147, Anm. 13. Hoeniger, S. 129.

I. Die Sicherungsübereignung von Warenlagern dient häufig[7]) dazu, so sagt man, den Schuldner vor der Zwangsvollstreckung seiner Gläubiger zu schützen. Das einzige wirksame Hilfsmittel, das der durch die Sicherungsübereignung benachteiligte Gläubiger gegen eine derartige Schiebung hat, ist die Geltendmachung der Nichtigkeit auf Grund von § 117. Hierbei ist aber die Beweislast für den Gläubiger so groß, daß er gewöhnlich nicht zum Ziele kommen wird. Denn die Anwendung von § 117 ist nur gerechtfertigt, wenn die Parteien bei der Übereignung überhaupt nicht daran dachten, eine Forderung zum Entstehen zu bringen, die durch die Sicherungsübereignung gesichert sein sollte. Nur wenn dies festzustellen ist, darf man sagen, daß die Erklärungen auf Veräußerung und Erwerb des Eigentums keinen Sinn haben und nur zum Schein abgegeben sind, um die Gläubiger zu täuschen. Da sich aber fast nie beweisen lassen wird, daß die Parteien eine Forderung nicht zum Entstehen bringen wollten, so ist die erforderliche Beweisführung nach § 117 fast unmöglich[8]).

II. Die Sicherungsübereignung von Warenlagern dient ferner häufig dazu, einen einzigen Gläubiger in unerlaubter Weise vor den übrigen Gläubigern zu befriedigen. Das einzige wirksame Hilfsmittel gegen eine derartige Sicherungsübereignung ist die Geltendmachung der Nichtigkeit auf Grund von § 138 und darüber hinaus eine Klage auf Grund von § 826 gegen den ungebührlich bevorzugten Gläubiger. Auch hierbei ist aber die Beweislast für den benachteiligten Gläubiger so groß, daß er gewöhnlich nicht zum Ziele kommen wird. Denn die Anwendung von § 138 ist im allgemeinen nur gerechtfertigt, wenn die Parteien sich bewußt gewesen sind, daß der finanzielle Zusammenbruch des Schuldners kaum vermeidbar war, und sie die Sicherungsübereignung zu dem Zwecke vorgenommen haben, den einen Gläubiger und Kontrahenten vor dem Ruin des Schuldners noch zu befriedigen. Die Sicherungsübereignung ist daher auf Grund von § 138 nicht nichtig, wenn die Möglichkeit vorhanden ist, daß die Parteien durch ihre Vornahme die Sanierung des Schuldners beabsichtigten. Da sich das Gegen-

[7]) Vgl. hiergegen S. 15 der Arbeit.

[8]) In Wirklichkeit wird dieser Beweis besonders dann sehr gut zu führen sein, wenn der Sicherungseigentümer selbst unvermögend ist.

teil fast nie beweisen lassen wird[9]), so ist die erforderliche Beweisführung nach § 138 beinah unmöglich.

III. Die Sicherungsübereignung von Warenlagern hat ferner den Nachteil, daß bei Interventionsprozessen der beklagte Gläubiger die Kosten zu tragen hat, wenn sich das Eigentum des klagenden Sicherungseigentümers herausstellt. Dies ist aber eine Ungerechtigkeit, da dem Interventionsbeklagten nicht zugemutet werden kann, auf eine bloße Aufforderung hin gepfändete Sachen freizugeben, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden. Helfen könnte hier nur eine Verpflichtung des Interventionsklägers zur Glaubhaftmachung seines Eigentums auf die Gefahr hin, sonst die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Eine solche Verpflichtung kann jedoch nur mit einer weitherzigen Auslegung der §§ 93 und 94 ZPO begründet werden, und diese weitherzige Auslegung pflegt bei den Gerichten im allgemeinen nicht stattzufinden[10]).

IV. Die Reformvorschläge werden vielfach ferner damit begründet, daß dem Gläubiger C. auch der über den Wert der Forderung hinausgehende Mehrwert der zur Sicherung übereigneten Sachen zur Verfügung stände, zum Schaden des Schuldners und der übrigen Gläubiger[11]).

V. Schließlich und ganz insbesondere wird der Sicherungsübereignung von Warenlagern die Heimlichkeit zum Vorwurf gemacht. Diese bringe es mit sich, daß die zu I—IV geschilderten Gefahren in so großem Maßstabe vorhanden wären. Diese Heimlichkeit mache aber das ganze Institut der Sicherungsübereignung zu einem die Rechtssicherheit und damit den Verkehr gefährdenden Rechtsgebilde. Denn das Warenlager sei immer der wichtigste Vermögensbestandteil mit, und von ihm hänge der Kredit des Kaufmanns in hohem Grade ab. Es werde daher jeder, der mit dem Sicherungsübereigner in Unkenntnis der Sicherungsübereignung ein Geschäft abschlösse, getäuscht, weil die Schätzung der Kreditwürdigkeit notwendig falsch sei, wenn das Warenlager als im Eigentum des Schuldners stehend angenommen wäre[12]).

[9]) Vgl. hiergegen die Entscheidung des RG., S. 75—76.
[10]) Das Gegenteil ist richtig, wie die Praxis der unteren Gerichte zeigt.
[11]) Das Gegenteil ist richtig. S. 61—63.
[12]) Vgl. hiergegen S. 88.

Diese zu I—V aufgezählten Mängel der Sicherungsübereignung haben den Anlaß zu den Reformvorschlägen gegeben. Diese Reformvorschläge wollen wir, soweit sie auf die Sicherungsübereignung von Warenlagern Bezug haben, im folgenden Paragraphen besprechen.

§ 9. Die Reformvorschläge zur Abhilfe der bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern vorkommenden Mängel.

I. Das Registerpfandrecht[1]). Der wichtigste, einschneidenste und am häufigsten gemachte Reformvorschlag geht dahin, die Sicherungsübereignung zu verbieten und dafür ein Pfandrecht zu schaffen, das dem Schuldner den Besitz der verpfändeten Sache beläßt, aber durch Eintragung in ein Register öffentlich gemacht wird. Diese Registerpflicht war schon häufig im früheren Deutschen Recht[2]) mit der Mobiliarhypothek verbunden und besteht heute noch in manchen außerdeutschen Rechten[3]). Für die Sicherungsübereignung von Warenlagern kommt hiervon nur das französische Recht in Betracht. In Frankreich wurde durch ein Gesetz vom 1. März 1898 „sur le nantissement des fonds de commerce" die Verpfändung eines Handelsunternehmens in der Form der Mobiliarhypothek geschaffen. Das ganze Gesetz war ein Absatz II, der dem Art. 2075 des Code Civil zugefügt wurde und lautete:

> Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

Ebenso kurz wie das Gesetz war, ebenso viele Schwierigkeiten machte seine Anwendung. Insbesondere wußte man nicht, ob die

---

[1]) Für eine Mobiliarhypothek mit Registerpflicht haben sich insbesondere eingehend ausgesprochen Schöndorf in der Zeitschrift für Handelsrecht 1910, S. 483—564, und Salinger, Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages, Bd. 1, S. 409—501. Außerdem noch u. a. Linkelmann, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 7, S. 109; Ziese, D. Not.-V. 1905, S. 648; Vollenbeck, D. Not.-V. 1910, S. 183. Dafür auch sehr viele Handelskammern. Im Reichstage wurde die Frage behandelt am 22. Februar 1911.

[2]) Vgl. Salinger, S. 461; insbesondere das sehr interessante Werk von Herbert Meyer, S. 28 ff.

[3]) Vgl. die unter Nr. 1 zitierte Schrift von Schoendorf.

Mobiliarhypothek auch das Warenlager des Handelsunternehmens mit ergriff[4]). Der Kassationshof war der Ansicht, daß sich die Hypothek nicht auf die Waren erstreckte. Da die Uneinigkeit der Gerichte in fast allen wichtigen Punkten immer mehr zutage trat, wurde der Art. 2075 II des Code Civil durch ein Gesetz vom 17. März 1909 wieder abgeschafft und an seiner Stelle ein größeres Spezialgesetz geschaffen, la loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce. Das Gesetz hat sich die Erfahrungen der französischen Praxis zunutze gemacht und versucht, alle Schwierigkeiten, die sich bis dahin ergeben hatten, zu beseitigen. Insbesondere hat es auch die Frage geregelt, ob sich die Hypothek auf das Warenlager erstreckt. Das Gesetz verneint dies. Gegenstand der Verpfändung kann alles sein, z. B. die Firma, die Kundschaft, die Einrichtung, die Patente, nur nicht das Warenlager und die Außenstände[5]).

Schöndorf[6]) meint, daß dies Gesetz dem Handel sehr förderlich sein werde. Dem wird man aber kaum zustimmen können. Allerdings haben die Gegenstände, die dem Pfandrecht unterliegen wie die Firma, die Kundschaft, die Patente einen hohen Wert. Aber ein Pfandrecht an diesen ideellen Werten muß schon deshalb ungenügend sein, weil der Pfandgläubiger in den weitaus meisten Fällen den Wert der seinem Pfande unterliegenden Gegenstände gar nicht beurteilen und insbesondere nicht liquidieren kann. Die Verwertung soll in der Weise stattfinden, daß alles (auch die Waren mit) versteigert wird, und daß vom Erlös der Wert der Waren abgezogen wird. Gerade bei einer zwangsweisen Versteigerung werden aber die ideellen Werte durchaus nicht voll zur Geltung kommen. Wenn schon eine Trennung zwischen Geschäft und Warenlager stattfinden soll, dann ist es immer bei weitem besser, daß das Warenlager verpfändet bzw. zur Sicherung übereignet wird als umgekehrt. Denn der Schuldner behält als Herr des Geschäftes in viel höherem Grade die Möglichkeit, durch Verkauf des Handelsunternehmens die ideellen Werte zu liquidieren, als der Pfand-

[4]) Schöndorf, S. 539—540.

[5]) In Frankreich läßt das Gesetz deshalb die Verpfändung von Warenlagern nicht zu, weil man meinte, daß durch die Hypothek eines einzigen Gläubigers am ganzen Unternehmen die übrigen Gläubiger zu sehr benachteiligt würden.

[6]) S. 341.

gläubiger, der immer auf die unergiebige Zwangsversteigerung angewiesen ist.

Die französische Regelung ist denn auch von niemand für Deutschland empfohlen worden[7]). Die Gestaltung des Registerpfandrechts nach Salinger[8]), der allein bisher eingehende Vorschläge für ein Spezialgesetz gemacht hat, ist wesentlich verschieden von jedem ausländischen Vorbild, insbesondere von dem französischen. Der wichtigste Punkt der Vorschläge Salingers ist der, daß nicht einzelne Sachen, sondern nur Sachgesamtheiten Gegenstand der Mobiliarhypothek sein können. Salinger kommt zu dieser außerordentlich wichtigen Beschränkung mit Recht.

Einmal lassen sich Einzelsachen nicht so individualisieren, daß die Publizität des Registers gewahrt bliebe. Ferner gehen Einzelsachen gewöhnlich zu leicht von einer Hand in die andere. Das Register kann daher nicht in der Weise gestaltet werden, daß das, was im Register steht, als bekannt gilt. Denn dann müßte man bei jedem Kauf irgendeiner Sache erst in den Registern der verschiedensten Gerichte nachsehen, ob diese Sache auch nicht verpfändet ist. Es müßte vielmehr bestimmt werden, daß nach wie vor jeder Gutgläubige die Sache ohne Pfandrecht erwirbt. Für den Gläubiger würde dadurch das Pfand aber fast wertlos, da er jeden Augenblick mit seinem Verlust rechnen müßte. Kurz, es kommen als Gründe gegen eine Mobiliarhypothek an einer Einzelsache alle die Gründe in Betracht, die auch die Sicherungsübereignung einer Einzelsache gewöhnlich wertlos machen. Die Sicherungsübereignung einer Einzelsache kommt ja auch praktisch, abgesehen von der Sicherungsübereignung wertvoller Maschinen kaum vor, da sich eine im Besitz des Schuldners bleibende Einzelsache nicht zur Kreditbasis eignet. Deshalb soll nach Salinger auch nur eine Mobiliarhypothek an Sachinbegriffen möglich sein.

Es ist interessant, daß Salinger, der gar keinen Versuch macht, ein Register für Sicherungsübereignungen zu schaffen, als Ersatz für die nach seiner Ansicht dem System unseres Gesetzes widerstreitende Sicherungsübereignung ein Pfandrecht schafft, das jedenfalls auf keinen Fall den Grundprinzipien unseres Sachen-

[7]) Vgl. Hoeniger, S. 6.
[8]) S. 487—501.

rechts entspricht, nämlich ein Pfand an einer universitas. Mag die Sicherungsübereignung das Faustpfandprinzip durchbrechen und deshalb „illegitim" sein, das Pfandrecht an einer universitas nimmt sich in unserem Recht zu seltsam aus, als daß es ein legitimer Ersatz für die Sicherungsübereignung sein könnte, selbst wenn es durch Spezialgesetz legalisiert würde. Salinger[9]) glaubt allerdings, daß seine Gestaltung eines Registerpfandrechtes nicht gegen den Grundsatz: „kein dingliches Recht an einer universitas" verstößt. Er meint, Gegenstand des Pfandrechts wären in Wirklichkeit die einzelnen Sachen des Sachinbegriffes. Das ist aber nicht der Fall. Ein Pfandrecht, bei dem jede Sache automatisch von dem Pfandrecht frei wird, die durch Veräußerung aus dem Sachinbegriff heraustritt[10]), und jede Sache automatisch mit dem Pfandrecht belastet wird, die Teil der universitas wird, ist ein Pfandrecht an einer Sachgesamtheit und nicht an den einzelnen Sachen. Denn das Wesen dieses Pfandrechts besteht darin, daß die universitas die Vermittlung bildet zwischen der Belastung und der Sache, die belastet wird. Jede Einzelsache ist belastet, weil sie Teil der universitas ist[11]).

Wenn schon dies gegen ein Registerpfand einnimmt, so kommen dazu noch ernstliche Bedenken, die auch gegen eine Registersicherungsübereignung sprechen. Das Schlagwort von der papierenen Publizität ist keine leere Phrase. Wie Schöndorf[12]) selbst sagt, „wird der Bäcker, wenn er Brot kreditiert, nicht zuerst sich das Hypothekenregister ansehen wollen". Für die kleineren Privatgeschäfte wird das Register keine Rolle spielen. Es bleibt also nur von Bedeutung für den Lieferantenkredit. Aber auch hier werden Lieferanten, welche schon länger mit dem Schuldner in Geschäftsverbindung stehen, dessen Kreditwürdigkeit in der Art, wie er seine Zahlungen leistet, auch ohne Register erkennen können. Der Nutzen des Registers käme nur für die noch anzuknüpfenden Geschäfts- Doch bevor eine neue Geschäftsverbindung eingegangen wird, verbindungen mit Lieferanten und für den Bankkredit in Betracht.

[9]) S. 493.
[10]) Vgl. Salinger, S. 494.
[11]) Vgl. Hoeniger, S. 13—14.
[12]) S. 511—512.
[13]) Vgl. Hoeniger, S. 10.

pflegen beide Teile (bei kleineren Detailkaufleuten wenigstens der Lieferant) sorgfältig Erkundigungen über die Kreditwürdigkeit einzuziehen[13]). Der Lieferant kann sich auch durch einfache Erkundigung bei dem Schuldner selbst vergewissern, ob sein Warenlager ihm gehört. Macht der Schuldner falsche Mitteilungen, so wird er sich in den meisten Fällen wegen Betruges zu verantworten haben. Überhaupt pflegen gerade die kleinen Gewerbetreibenden, und nur diese, die, wie man allgemein zugibt, sich das Register für gewöhnlich nicht ansehen würden, durch Täuschung über den äußeren Schein der Kreditwürdigkeit finanzielle Nachteile zu erleiden. Im allgemeinen wird der Kaufmann, der heute ein großes Lager hat, während es noch vor kurzer Zeit klein war, nicht deswegen an Kredit gewinnen und der Kaufmann, der sein großes Warenlager auf die Hälfte reduziert, nicht deswegen an Kredit verlieren. Wenn aber die Vergrößerung oder Verminderung des Lagers ohne Einfluß auf den Kredit ist, so darf auch die Tatsache, daß das Warenlager dem Schuldner nicht mehr gehört, nicht künstlich dazu gestaltet werden, den Kredit des Kaufmanns zu vermindern. Denn bei reellen Sicherungsübereignungen vermindert sich die Kreditwürdigkeit in Wirklichkeit nicht, und aus dem Register kann man nicht ersehen, ob eine Sicherungsübereignung reell ist oder nicht. Daß aber durch Eintragung der Sicherungsübereignung oder Verpfändung in ein Register der Kredit des Sicherungsübereigners sich mindern würde, liegt klar auf der Hand. Diejenigen, die die Sicherungsübereignung oder die Verpfändung aus dem Register ersehen würden, würden der Ansicht sein, daß sich die finanzielle Stellung des Schuldners verschlechtert habe, ohne sich darüber Gedanken zu machen, welche vielleicht sehr berechtigten Gründe den Schuldner zu diesem Geschäfte bewogen haben. Das Register würde daher wohl bald als „schwarze Liste" gelten[14]).

Insbesondere wird man aber eins gegen das Register einwenden. Es trifft gar nicht den schlimmsten Mangel der Sicherungsübereignung. Die Heimlichkeit der reellen Sicherungsübereignung ist zu ertragen. Der große Fehler der Heimlichkeit besteht eben darin, daß sich im Schutze der Unsichtbarkeit die zahlreichen unerlaubten Sicherungsübereignungen breitmachen. Gegen diese un-

[14]) Vgl. Schulzenstein, in der Deutschen Wirtschaftszeitung 1911, S. 527.

reellen Sicherungsübereignungen schützt aber das Register nicht, auch nicht das Registerpfandrecht. Ebenso wie die Sicherungsübereignung simuliert werden kann, ebenso kann auch das Pfandrecht simuliert werden, ebenso wie die Sicherungsübereignung kann auch das Pfandrecht nichtig sein, weil es gegen die guten Sitten verstößt. Ja, durch die Eintragung in das Register würde auch ein nichtiges Pfandrecht dritten Personen und dem Schuldner viel schädlicher sein als die heutige Sicherungsübereignung; den dritten Personen, weil sie sich durch ein eingetragenes Pfandrecht weit eher von der Verfolgung ihrer Rechte abschrecken lassen, dem Schuldner deshalb, weil sein Kredit auch durch eine nichtige Sicherungsübereignung (es war z. B. kein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart) gemindert wird.

Aber selbst wenn durch die Eintragung in ein Register den Mängeln der Sicherungsübereignung wirklich etwas abgeholfen würde, so stände das Erreichte in keinem Verhältnis zu dem großen Aufwand, den man gemacht hätte. Das Registerpfandrecht könnte nur durch ein Spezialgesetz geschaffen werden. Auch wenn man annimmt, daß sich in diesem Spezialgesetz die schwierigen Fragen des Erwerbes im guten Glauben, des Ranges der einzelnen Pfandrechte usw. befriedigend lösen lassen, so würden sich dennoch für lange Zeit hinaus in der Praxis unendliche Schwierigkeiten ergeben, die die Rechtsentwicklung in Frankreich zur Genüge zeigt. Ein Spezialgesetz über das Registerpfandrecht ist nicht zu vergleichen mit dem G.=m.=b.=H.=Gesetz z. B. Das letztere hat ein einheitliches Gebiet, noch dazu nach dem Vorbilde schon bekannter Gesellschaftsformen geregelt; es ist ein Gesetz, das für sich steht. Das Registerpfandrechtgesetz würde aber in engster Wechselbeziehung zu dem ganzen Sachenrecht stehen. Seine Einfügung in dieses Sachenrecht würde eben außerordentlich schwierig sein. Mit Recht ist man bei Gesetzen konservativ. Das Gesetz, das in Kraft ist, ist von vornherein besser als ein Gesetz, das erst erlassen werden muß. Denn bei dem ersteren kennt man bereits seine Tragweite und seinen Einfluß auf das übrige Recht. Ein neues Spezialgesetz ist daher nur durch dringenden Notstand gerechtfertigt. Dieser liegt hier nicht vor.

II. Der 31. Deutsche Juristentag hat daher recht, wenn er den Vorschlägen Salingers nicht beigetreten ist. Er hat sich mit kurzen

Abänderungen des bestehenden Rechtes begnügen wollen. Seine Resolution heißt[15]):

Um dem mit der Sicherungsübereignung zum Schaden des reellen Geschäftsverkehrs vielfach getriebenen Mißbrauche entgegenzutreten, empfiehlt der 31. Juristentag:

1. Die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz sind dahin zu ergänzen, daß die innerhalb einer bestimmten Zeit vor der Zahlungseinstellung oder Anfechtung vorgenommenen Sicherungsübereignungen anfechtbar sind, und daß dem Sicherungseigentümer der Beweis obliegt, ihm sei zu der Zeit des Vertragsschlusses eine Absicht des Schuldners, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt gewesen.

2. § 805 ZPO (Anspruch des nicht im Besitze der Pfandsache befindlichen Pfandgläubigers auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der Zwangsversteigerung) und § 48 KO (Absonderungsrecht) sind auf den Sicherungseigentümer auszudehnen.

Wir haben bereits früher gesehen, daß Hellwig[16]) schon jetzt § 805 ZPO auf die Sicherungsübereignung anwenden will, und ebenso gab, wie wir sahen, eine Reichsgerichtsentscheidung[17]) dem Sicherungseigentümer schon jetzt nur ein Absonderungsrecht und kein Aussonderungsrecht. Wir haben bereits davon gesprochen, daß einmal diese beiden Paragraphen heute noch nicht auf die Sicherungsübereignung anzuwenden sind (dies nimmt ja auch der Juristentag an), und daß sich zum andern ihre Ausdehnung auf die Sicherungsübereignung nicht empfiehlt. Die Sicherungsübereignung ist ihrem Wesen nach etwas ganz anderes als ein Pfand- oder Vorzugsrecht. Denn ein Vorzugsrecht setzt die Existenz einer Forderung begriffsnotwendig voraus, während das Eigentum des Sicherungseigentümers auch ohne Forderung bestehen bleibt.

Während dieser eben besprochene Vorschlag 2 des Deutschen Juristentages erst durch Hellwigs Gläubigernot angeregt wurde, hat der Vorschlag 1 schon eine längere Vorgeschichte. Eine Er-

---

[15]) Litten, in DJZ. 1912, Nr. 20, und Horster im „Tag" vom 9. November 1912.
[16]) Gläubigernot, S. 31.
[17]) RG. im Recht 1910, Nr. 158.

weiterung des Anfechtungsgesetzes wurde zuerst von Rehbein[18]) vorgeschlagen. Jede Sicherungsübereignung sollte anfechtbar sein, die die übrigen Gläubiger in unerlaubter Weise benachteiligte, d. h. ihr Recht auf anteilmäßige Befriedigung verletzte. Auch dieser Vorschlag geht, wenn auch nicht so sehr wie der Vorschlag des Registerpfandrechts, weit über den Rahmen des bestehenden Rechtes hinaus. Insbesondere müßte erst ein Recht auf anteilmäßige Befriedigung der Gläubiger speziell für die Sicherungsübereignung geschaffen werden, denn bis jetzt gibt es ein solches Recht außerhalb des Konkurses nicht[19]). Die vorgeschlagene Regelung ist auch viel zu unbestimmt. Vor allem würde diese Bestimmung beinahe jede Sicherungsübereignung hinfällig machen, denn das neu geschaffene Recht auf anteilmäßige Befriedigung würde fast immer verletzt sein.

Der Deutsche Juristentag hat diesen Vorschlag Rehbeins nicht aufgenommen und einen andern Weg gewählt, den Przibilla[20]) und Asch[21]) schon vorher gezeigt und Boschan ebenfalls[22]) befürwortet hatte. Ähnlich KO § 30 Abs. 2, KO § 31 Abs. 2 und Anfechtungsgesetz § 3 Nr. 2 sollen Sicherungsübereignungen, die innerhalb einer bestimmten Zeit (6 Monaten z. B. und eines Jahres bei nahen Angehörigen) vor der Zahlungseinstellung oder Anfechtung vorgenommen sind, anfechtbar sein, wenn der Sicherungseigentümer nicht beweist, daß zur Zeit des Vertragsschlusses eine Absicht des Schuldners, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen, ihm nicht bekannt gewesen sei.

Dieser Vorschlag trifft in der Tat die beiden wichtigsten Fälle der unerlaubten Sicherungsübereignung, nämlich den Fall, daß die Sicherungsübereignung dazu dient, den Schuldner vor der Zwangsvollstreckung seiner Gläubiger zu schützen, und den Fall, wo sich der Gläubiger und Kontrahent auf Kosten der übrigen Gläubiger vor dem finanziellen Zusammenbruch des Schuldners befriedigt. Wenn bei den Sicherungsübereignungen, die innerhalb der bestimmten Frist liegen, der Sicherungseigentümer seine Gutgläubigkeit nach-

[18]) JW. 1910, S. 605.
[19]) So Przibilla in JW. 1911, S. 301.
[20]) JW. 1911, S. 301.
[21]) JW. 1911, S. 304.
[22]) JW. 1912, S. 9.

weisen muß, so ist er gezwungen, zum Beweise seine ganzen Geschäftsverbindungen mit dem Schuldner klarzulegen. Bis jetzt muß der außenstehende Dritte die Schlechtgläubigkeit des Sicherungseigentümers beweisen. Er ist aber bei weitem nicht immer und bei weitem nicht in dem Maße wie ein Mitkontrahent in der Lage, die Verhältnisse, wie sie vor der Sicherungsübereignung bestanden, und wie sie durch die Sicherungsübereignung gestaltet wurden, klarzulegen. Es ist daher fraglos, daß das Gericht eine ganz andere Klarheit über den Prozeßstoff erhält, wenn der Sicherungseigentümer die Beweislast hat. Dagegen ist aber auch zu bedenken, daß durch die neue Bestimmung auch manche reelle Sicherungsübereignung vernichtet werden. Es ist schwer, wie allgemein zugegeben wird, die Absicht der Benachteiligung zu beweisen. Ebenso schwer ist es aber, das Gegenteil darzutun[23]). Nicht immer wird es dem Sicherungseigentümer gelingen, auch wenn er vollständig im Recht ist und die ganzen Verhältnisse dargelegt hat, dem Gerichte die Überzeugung von seiner Gutgläubigkeit beizubringen. Die neue Bestimmung würde daher immerhin eine gewisse Ungerechtigkeit gegen den Sicherungseigentümer sein. Als zweiter Fehler kommt hinzu, daß die Sicherungsübereignung eine Spezialbestimmung erfordert.

III. Es entsteht die Frage, ob eine solche Spezialbestimmung wirklich nötig ist. Man wird sie verneinen können. Obwohl es zahlreiche Rechtsgeschäfte gibt, die dazu benutzt werden, um die Gläubiger zu benachteiligen, glaubt man gerade bei der Sicherungsübereignung mit den bestehenden Schutzmitteln, der Konkursordnung, dem Anfechtungsgesetz, den §§ 117 und 138 BGB nicht auskommen zu können. Dabei ist nicht einzusehen, weshalb gerade die Sicherungsübereignung gefährlicher sein soll als alle andern zur Benachteiligung der Gläubiger mißbrauchten Rechtsgeschäfte. Insbesondere ist das einzelne mangelhafte Sicherungsübereignungsgeschäft nicht deshalb für den Kreditverkehr gefährlicher, weil gerade das Institut der Sicherungsübereignung häufig zu Schiebungen benutzt wird. Im Gegenteil, gerade bei einer Sicherungsübereignung wird das Gericht deswegen von vornherein mißtrauisch sein. Der einzige wirklich vorhandene Fehler gerade speziell der

[23]) Vgl. Salinger, S. 455.

Sicherungsübereignung ist der, daß durch die Heimlichkeit der Sicherungsübereignung die Gläubigerbenachteiligung lange Zeit häufig den Beteiligten nicht erkennbar wird. Dagegen kann aber das Anfechtungsgesetz auch mit der neuen Bestimmung nichts nutzen. Der einzige Vorschlag, der in dieser Richtung zur Besserung führen sollte, ist der, das Registerpfandrecht einzuführen. Wir haben aber gesehen, daß dieser Vorschlag nicht glücklich ist. Abgesehen von dieser Heimlichkeit der Sicherungsübereignung, die nicht abgeschafft werden kann, wenn man nicht die Sicherungsübereignungen vollständig verbieten will, fehlt jeder Anhalt, daß man die Sicherungsübereignung mit den Schutzmitteln des geltenden Rechts nicht ebenso leicht vernichten kann wie alle anderen Rechtsgeschäfte, wenn sie auf Gläubigerbenachteiligung abzielen[24]). Nicht die Gesetzgebung muß den Verkehr schützen, dieser Schutz liegt vielmehr der Rechtsprechung ob. Sie ist in ganz anderm Maße als die Gesetzgebung dazu geeignet, gerade schädliche Rechtsgeschäfte zu vernichten. Wenn die Gesetzgebung ein Rechtsgeschäft verbietet, so werden die beteiligten Kreise so schnell wie möglich ein neues Rechtsgeschäft suchen und finden, das dieselben Dienste wie das verbotene alte tut. Und ebenso wie es mit dem Verbieten von Rechtsgeschäften ist, steht es auch um die neuen Schutzmittel, wenn sie sich nur gegen ein ganz bestimmtes Rechtsgeschäft wie die Sicherungsübereignung wenden. Diese Schutzmittel sind in dem Augenblicke unbrauchbar, wo für die Gläubigerbenachteiligung ein anderes Rechtsinstitut als die Sicherungsübereignung benutzt wird.

Die Rechtsprechung dagegen steht immer dem einzelnen Falle gegenüber. Jeder Mißbrauch irgendeines Rechtsinstituts kann von ihr schnell geahndet werden. Zumal wenn die Mittel so gut sind, wie sie hier die Konkursordnung, das Anfechtungsgesetz, BGB § 117 und insbesondere § 138, bieten. Gerade die früher wiedergegebenen Reichsgerichtsentscheidungen zeigen, daß sich die Rechtsprechung bereits auf dem besten Wege befindet. So läßt das Reichsgericht § 826 auch dann zu, wenn die Kontrahenten nur das Bewußtsein hatten, daß ein Schaden der übrigen Gläubiger naheliegend war. Es verlangt also für den subjektiven Tatbestand nichts, was nicht von dem die Nichtigkeit der Sicherungsübereignung

[24]) Vgl. Schmitt, in DJZ. 1912, S. 1043.

behauptenden Gläubiger bewiesen werden könnte. Auch die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz werden in dem Augenblick ein ganz anderes Anwendungsgebiet haben, wenn man den Begriff der Absicht nicht zu eng faßt. Insbesondere zeigen aber die verschiedenen Entscheidungen des Reichsgerichts, daß es nicht den Ausführungen der Parteien, die natürlich immer eine ihnen unterstellte Absicht der Gläubigerbenachteiligung weit von sich weisen, glaubt, sondern Schlüsse aus den Verhältnissen vor und nach der Sicherungsübereignung zu ziehen sucht. Die Gerichte müssen und können auch in den meisten Fällen über diese Verhältnisse zur Zeit des Vertragschlusses Klarheit gewinnen. Dann wird die Entscheidung gewöhnlich leicht sein, wenn die Gesetzesbestimmungen, insbesondere die §§ 139 und 826 nicht zu eng ausgelegt werden. Ein gutes Beispiel für freie Auslegung bieten jetzt häufig die Urteile der unteren Gerichte bei der Kostenfrage. Dem intervenierenden Sicherungseigentümer werden die Kosten auferlegt, wenn er sein Eigentum nicht vorher glaubhaft macht.

§ 10. Resultat.

Wir kommen daher zu folgendem Resultat:

Die Sicherungsübereignung von Warenlagern ist ein notwendiges Kreditinstitut bei der heutigen außerordentlichen Kreditanspannung und der Vorherrschaft des Realkredites, zumal da ein Faustpfand am Warenlager praktisch undurchführbar ist. Sie ist auch juristisch konstruierbar; da sich ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 in der Weise bilden läßt, daß der Sicherungsübereigner und unmittelbare Besitzer den Besitz, das Veräußerungsrecht und das tatsächliche Verfügungsrecht über die Waren behält, während der Sicherungseigentümer trotzdem, durch die zeitlichen und sachlichen Schranken der Rechte des Übereigners gesichert, als Herr der Waren sich erweist; da ferner der Übereigner den Erlös der Waren behalten kann, aber verpflichtet ist, das Warenlager auf der gleichen Höhe zu erhalten; da schließlich in normalem Verlauf die Waren mit ihrem Eintritt in das Warenlager in das Eigentum des Gläubigers übergehen und mit ihrer Veräußerung aus dem Eigentum des Gläubigers treten, so daß tatsächlich alle Waren des Warenlagers und nur diese im Eigentum des Gläubigers stehen.

Die Mängel der Sicherungsübereignung von Warenlagern sind nicht so gefährlich, wie sie im allgemeinen dargestellt werden. Insbesondere sind die übrigen Gläubiger des Schuldners nicht gehindert, den Anspruch des Schuldners auf den Übererlös zu pfänden und zu verwerten, indem sie den Sicherungseigentümer zwingen, sich durch Verkauf der Waren zu befriedigen und den Übererlös herauszugeben. Die Stellung des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers wird auch durch einen Interventionsprozeß nicht wesentlich verschlechtert, da der Intervenient, auch wenn er obsiegt, die Kosten trägt, es sei denn, daß er dem Beklagten vor dem Prozeß auf Verlangen sein Eigentum glaubhaft gemacht hat, und da der Beklagte in dem Anfechtungsgesetz und in den §§ 117 und 138 BGB wirksame Verteidigungsmittel gegen ihn gefährdende Sicherungsübereignungen hat. Die Unsichtbarkeit der Sicherungsübereignung ist ein Fehler, der mit in Kauf genommen werden muß, da eine Abhilfe dieses Fehlers nicht möglich ist, insbesondere nicht durch Schaffung eines Registerpfandrechts. Dieser Fehler ist aber nicht so bedeutend, weil sich der Schuldner, wenn er auf Anfrage falsche Auskunft gibt, des Betruges schuldig macht, und weil dem dritten Gläubiger bei unreeller Sicherungsübereignung gegen den vermeintlichen Eigentümer eine Klage auf Grund von § 826 zusteht, wenn das Warenlager selbst nicht mehr vorhanden ist.